

GUTGLÄUBIGER ERWERB
DER VORMERKUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
zu Mainz

vorgelegt von
Udo Krauthausen
Mainz 1963

1964

GUTGLÄUBIGER ERWERB
DER VORMERKUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität
zu Mainz

vorgelegt von
Udo Krauthausen
Mainz 1963

Berichterstatter: Prof. Dr. Horst Bartholomeyczik

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Zöllner

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Februar 1964

GLIEDERUNG

	Seite
I. EINLEITUNG	1
A. Bisherige Rechtsentwicklung zum Gutgläubensschutz bei der Vormerkung	2
B. Die BGH-Entscheidung in BGHZ 25, 16 zum Gutgläubensschutz bei der Vormerkung	4
II. GUTGLÄUBIGER ERWERB BEI BEGRÜNDUNG DER VORMERKUNG	7
A. Beschränkung eines gutgläubigen Erwerbes auf den Fall der Bewilligung der Vormerkung	7
B. Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung	9
1. Direkte Anwendung des § 892 BGB ?	9
a) Vormerkung als das eingetragene dingliche Recht im Grundbuch	13
b) Vormerkung als bedingtes dingliches Recht	14
c) Vormerkung als selbständiges dingliches Recht	16
2. Analoge Anwendung des § 892 BGB ?	23
C. Anwendung der §§ 893, 892 BGB auf die Vormerkung	24
III. GUTGLÄUBIGER ERWERB DER VORMERKUNG BEI ABTRETUNG DES VORMERKUNGSRECHTS	30
A. Die Abtretung des Vormerkungsrechts nach § 401 BGB	30
B. Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs bei Erwerb nach § 401 BGB	33
1. Vergleich zum gutgläubigen Erwerb bei Abtretung der Hypothek	35
2. Vergleich zum gutgläubigen Erwerb bei Abtretung des Pfandrechts	38

	Seite
C. Die analoge Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung bei Abtretung des Vormerkungsrechts	41
1. Herausarbeitung der tragenden Prinzipien des § 892 BGB	41
a) Die Ähnlichkeit von Vormerkung und dinglichen Rechten hinsichtlich ihrer Wirkungen	46
b) Verhältnis von Eintragungszwang im Grundbuch und öffentlichen Glauben des Grundbuchs	49
c) Folgerung aus dem Mangel des Eintragungszwanges bei Abtretung des Vormerkungsrechtes für den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung	52
IV. ZUSAMMENFASSUNG	54

LITERATURVERZEICHNIS

- Bartholomeyczik, Horst Die Kunst der Gesetzesauslegung
2.Aufl., Frankfurt/M. 1960
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts
2.Aufl., München, Berlin 1963
- Bendix *) Die Vormerkung des neuen Rechts in
Gruchot Bd.49 S.288 ff.
- Biermann, Johannes Widerspruch und Vormerkung nach dem Deut-
schen Grundbuchrecht (in der Reihe Abhand-
lungen zum Privatrecht und Civilprozessrecht
des Deutschen Reiches Bd.8 Heft 2) Jena 1901
- Binder, J. Besprechung zu Strohal: Über relative Unwirk-
samkeit in ZfdGHuK Bd.72 S.535 ff.
- Bovensiepen, Rudolf Analogie und Argumentum e contrario in
HdbRW Bd.I Berlin, Leipzig 1926 S.133 ff.
- Crome *) System des Deutschen Bürgerlichen Rechts
Bd.III Rechte an Sachen und an Rechten
Tübingen 1905
- Dulckeit, Gerhard Die Verdinglichung obligatorischer Rechte
(in der Reihe Recht und Staat Nr.158/9)
Tübingen 1951
- Eichler, Hermann Institutionen des Sachenrechts, Lehrbuch
Bd.I Allgemeiner Teil Grundlagen des
Sachenrechts
Berlin 1954
Bd.II 1.Halbband Eigentum und Besitz
Berlin 1957
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken
2.Aufl. Stuttgart 1959

*) ohne Angabe des Vornamens

Enneccerus-Kipp-Wolff-
(Bearbeiter)

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
begründet von Enneccerus, Kipp, Wolff
Bd. I. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
1. Halbband 15. Aufl. Tübingen 1959

- zit. Enneccerus-Nipperdey -

Bd. III. Sachenrecht
10. Aufl. Tübingen 1957

- zit. Wolff-Raiser -

Erman - (Bearbeiter)

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und weiteren Nebengesetzen
3. Aufl. Münster 1962

Bd. I. §§ 1 - 853 BGB

§§ 145 - 163 bearb. v. Hefermehl

§§ 328 - 432 bearb. v. Westermann

Bd. II. §§ 854 - 2385 BGB

§§ 854 - 936 und

§§ 1113 - 1203 bearb. v. Westermann

§§ 1204 - 1296 bearb. v. Ronke

Esser, Josef

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fort-
bildung des Privatrechts in:
Untersuchungen zur vergleichenden allgemeinen
Rechtslehre und zur Methodik der Rechtsver-
gleichung Nr. 1
Tübingen 1956

ders.

Schuldrecht, Lehrbuch
Allgemeiner und Besonderer Teil
2. Aufl. Karlsruhe 1960

- zit. Esser Lehrbuch -

Fuchs, Eugen

Grundbuchrecht, Kommentar
Bd. I. Materielles Grundbuchrecht
Berlin 1899/1901

ders.

Zur Lehre der Vormerkung in LZ 1914
Sp. 3 ff. und Sp. 139 ff.

Furtner, Georg

Gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung?
in NJW 1963 S. 1484 ff.

Gadow *)

Akzessorietät des Fahrnispfandrechts
in Jb. AkDR 1938, 111 ff.

*) ohne Angabe des Vornamens

- Hachenburg, Max
Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97
Mannheim 1898
- Heck, Philipp
Grundriss des Sachenrechts
Tübingen 1930
- ders.
Zwei Vorschläge zur Neugestaltung des Liegenschaftsrechts
in ZAkDR Jahrgg. 9 S. 305
- Hellwig, Konrad
Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft
Leipzig 1901
- Hübner, Heinz
Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht in Erlanger Forschungen Reihe A
Bd. 4
Erlangen 1955
- Jaeger, Ernst
Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen
Bd. I. §§ 1 - 46 KO
6./7. Aufl. Berlin, Leipzig 1931
- Jaeger - (Bearbeiter)
Konkursordnung mit Einführungsgesetzen
Bd. I. §§ 1 - 70 KO bearb. v. Lent
8. Aufl. Berlin 1958
- Kempf, L.
Zur Rechtsnatur der Vormerkung
in JuS 1961 S. 22 ff.
- Klug, Ulrich
Juristische Logik
2. Aufl. Berlin-Göttingen,
Heidelberg 1958
- Kühler, Kurt
Die Sicherungsgrundschuld
(in der Reihe Neue Deutsche Forschungen
Abt. Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 7)
Berlin 1939
- Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts
Bd. I. Allgemeiner Teil
4. Aufl. München, Berlin 1960
- Lehmann, Heinrich
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
14. Aufl. Berlin 1963

- | | |
|------------------------|--|
| Locher, Eugen | Die Neugestaltung des Liegenschaftsrechts
in Arbeitsberichten der Akademie für Deutsches
Recht Nr.18
Berlin, Leipzig, Wien 1942 |
| v. Lübtow, Ulrich | Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten,
zugleich ein Beitrag zum Problem der subjekt-
losen Rechte in: Das Deutsche Privatrecht in der
Mitte des 20. Jahrhunderts,
Festschrift für Heinrich Lehmann zum
80. Geburtstag,
Bd. I. S.328
Berlin, Tübingen, Frankfurt/M. 1956 |
| Lutter, Marcus | Die Grenzen des sogenannten Gutglaubens-
schutzes im Grundbuch in AcP 164 S.122 ff. |
| Mayer, Robert | Gutgäubiger Erwerb einer Vormerkung?
in NJW 1963 S.2263 ff. |
| Medicus, Dieter | Vormerkung, Widerspruch und Beschwerde
in AcP 163 S.1 ff. |
| Müller, Hildegard | Der gutgläubige Erwerb einer Vormerkung
Diss. Breslau 1932 |
| Oberneck, Hermann | Das Reichsgrundbuchrecht
Bd. I. 4. Aufl.
Berlin 1909 |
| Othmer, Wilhelm | Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach
Reichsrecht (in Studien zur Erläuterung des
Bürgerlichen Rechts, herausg. von Leonhard,
Heft Nr.9)
Breslau 1902 |
| Palandt - (Bearbeiter) | Bürgerliches Gesetzbuch mit Gleichberech-
tigungsgesetz, Einführungsgesetz und weiteren
Nebengesetzen
Kurzkommentar
24. Aufl. München, Berlin 1965
§§ 1 - 432 bearb. v. Danckelmann
§§ 854 - 1296 bearb. v. Hoche |
| Philipsen, Kurt | Die Vormerkung nach dem neuen Bürgerlichen
Gesetzbuch, Diss.
Jena, Berlin 1903 |

- Raiser, Ludwig
Dingliche Anwartschaften
Tübingen 1961
- Reichel, Hans
Die Vormerkung im Deutschen Bürgerlichen
Gesetzbuch
in Jherings Jb. Bd.46 S.59 ff.
- Reichsgerichtsräte-Kommentar -
(Bearbeiter)
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Be-
rücksichtigung der Rechtsprechung des Reichs-
gerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar
herausg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
Bd.I. Teil 2
§§ 362 - 419 bearb. v. Löschner
11.Aufl. Berlin 1960
Bd.III. Teil 1
§§ 873 - 928 bearb. v. Pritsch
11.Aufl. Berlin 1959
Bd.III. Teil 2
§§ 1094 - 1112 bearb. v. Denecke
§§ 1113 - 1203 bearb. v. Schuster
§§ 1203 - 1296 bearb. v. Kregel
11.Aufl. Berlin 1963
- Reinicke, Dietrich
Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb
einer Vormerkung,
in NJW 1964 S.2373 ff.
- Rheinen, Fritz
Ist die Vormerkung eine Verfügungsbeschränkung?
Diss. Bonn 1929
- Sauer, Wilhelm
Juristische Methodenlehre
Stuttgart 1940
- Sawitz, Hugo
Der Inhalt des Grundbuches nach § 892 BGB
Berlin 1908
- Sekler, G.
Die Lehre von der Vormerkung nach dem
neuen Reichsrecht
München 1904
- Soergel-Siebert -
(Bearbeiter)
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen
Bd.I.
§§ 243 - 432 bearb. v. Schmidt
9.Aufl. Stuttgart 1959

Soergel-Siebert -
(Bearbeiter)

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen

Bd. III. Einleitung bearb. v. Mühl

§§ 873 - 928 und

§§ 1090 - 1203 bearb. v. Baur

§§ 1204 - 1296 bearb. v. Augustin

9. Aufl. Stuttgart 1960

v. Staudinger -
(Bearbeiter)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Bd. I. Allgemeiner Teil

Einleitung bearb. v. Brändel

11. Aufl. Berlin 1957

Bd. II. Teil 1

§§ 241 - 432 bearb. v. Werner

9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1930

Bd. III. Teil 1

§§ 854 - 928 bearb. v. Seufert

11. Aufl. Berlin 1956

Bd. III. Teil 2

§§ 1018 - 1296 bearb. v. Kober

10. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1936

Bd. III. Teil 2

§§ 1094 - 1112 bearb. v. Dittmann

§§ 1113 - 1203 bearb. v. Scherübl

11. Aufl. Berlin 1963

Stintzing *)

Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche
Glaube des Grundbuchs zugute?
(In Recht 1904 S. 321 ff.)

Strohal, Emil

Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche
Glaube des Grundbuchs zustatten?
(In Leipziger Dekanatsprogramm 04)
Leipzig 1904

v. Tuhr, Andreas

Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts.

Bd. II. 1. Hälfte in Systematisches Handbuch
der Deutschen Rechtswissenschaft
München, Leipzig 1914

*) ohne Angabe des Vornamens

Vervier, Heinrich	Wesen und Wirkung der Vormerkung Diss. Würzburg 1904
Weber, Gustav	Begriff und Rechtswirkung der Vormerkung Diss. Köln Emsdetten 1936
Werneburg *)	Die Wertpapierhypothek, insbesondere die Hypothek aus Inhaberschuldverschreibungen In ZblfFG Jahrg. 20 S. 297 ff.
Westermann, Harry	Sachenrecht, ein Lehrbuch 4. Aufl. Karlsruhe 1960
ders.	Die Grundlagen des Gutglaubensschutzes in JuS 1963 S. 1 ff.
Wieacker, Franz	Bodenrecht Hamburg 1938
ders.	Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung in DRWiss. Bd. 6 S. 49 ff. 1941
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Kommentar Bd. V Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze Berlin 1957
Zunft, F.	Die Beschwerde gegen die Eintragung einer Vor- merkung in JW 29 S. 2497

Ferner wurden benutzt:

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Amtliche Ausgabe) III. Bd. Sachenrecht 2. Aufl.
Berlin 1899 - zit. Mot. III. zum BGB -

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches

Bd. I. Allgemeiner Teil
Berlin 1897

Bd. III. Sachenrecht
Berlin 1899

- zit. Prot. I bzw. III -

*) ohne Angabe des Vornamens

ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band und Seite)
a.E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
bearb.	bearbeitet
Bem.	Bemerkung
Betrieb	Zeitschrift "Der Betrieb" (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Band und Seite)
Diss.	Dissertation
DNotZ	Zeitschrift des Deutschen Notarsvereins (Jahrgang und Seite)
DRspr.	Deutsche Rechtsprechung herausgegeben von Feuerhake (Leitzahl und Blatt)
DRWiss.	Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift (Band und Seite)
Einl.	Einleitung
GBO	Grundbuchordnung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begründet von Gruchot (Band und Seite)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HdbRWiss.	Handbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster
h.L.	herrschende Lehre
i.S.	im Sinne
Jherings Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KO	Konkursordnung

LZ	Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht (Jahrgang und Spalte)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Mot.	Motive
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle
Recht	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr und Seite)
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar zum BGB
RGZ	Amtliche Sammlung der Reichsgerichtlichen Rechtsprechung in Zivilsachen (Band und Seite)
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt vom Reichsjustizamt (Band und Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
u. a.	und andere
vgl.	vergleiche
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahrgang und Seite)
ZblfFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung (Jahrgang und Seite)
ZfdGHuK	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band und Seite)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung

EINLEITUNG

Seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Vormerkung¹⁾ in der Rechtsprechung und Rechtslehre sowohl hinsichtlich der Einordnung in das System des Bürgerlichen Rechts als auch hinsichtlich der Vorschriften, welche auf sie Anwendung finden, heftig umstritten. Es scheint, daß die Vorhersage von Fuchs²⁾ zutrifft, daß es sich dabei um eine jener Kontroversen handele, die nie sterben können.

Ursache des beim Rechtsinstitut der Vormerkung entstandenen Meinungsstreits ist insbesondere die Tatsache, daß im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dogmatischen Gründen die Vormerkung nicht aufgenommen worden war. Erst auf Drängen der Preußischen Regierung, die auf die große praktische Bedeutung der Vormerkung in den deutschen Partikularrechten hinwies, wurde die Vormerkung in den 2. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch eingefügt. Durch diese nachträgliche, nur von praktischen Gesichtspunkten bestimmte Aufnahme konnte eine dem System des Bürgerlichen Rechts entsprechende Einordnung

1) Nach der Terminologie des BGB umfaßt der Begriff "Vormerkung" nur den die vormerkungsfähige Forderung sichernden "Grundbucheintrag", also das Mehr an rechtlichen Befugnissen, das dem Anspruchsgläubiger aufgrund der Grundbucheintragung zusteht. (§883 Abs. 1 BGB). Der Begriff "Vormerkung" umfaßt nicht auch die vormerkungsfähige Forderung selbst.

Entgegen der Übung der Praxis, die zum Teil unter dem Begriff "Vormerkung" oder "Rechten aus der Vormerkung", "Vormerkung und Forderung" versteht, muß hier an einer strengen Unterscheidung der Begriffe Forderung einerseits und Vormerkung andererseits festgehalten werden.

Forderung und Vormerkung werden zu dem Ausdruck "Vormerkungsrecht" zusammengefaßt.

2) Fuchs S.113

der Vormerkung nicht erreicht werden ¹⁾ Deshalb wurden im Bürgerlichen Gesetzbuch die Vormerkung und ihre Wirkungen nur in wenigen Vorschriften bestimmt, im übrigen aber viele offene Fragen der Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen.

A.

Das Bestreben der älteren Rechtslehre war unter dem Einfluß der Begriffsjurisprudenz darauf gerichtet, von den wenigen Vorschriften über die Vormerkung im Bürgerlichen Gesetzbuch, der Konkursordnung und des Zwangsversteigerungsgesetzes ausgehend, die "Rechtsnatur der Vormerkung" zu bestimmen. ²⁾ Hatte man die Vormerkung in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches eingeordnet, ergab sich - so war die Folgerung - die Antwort auf die Frage, welche Vorschriften im Einzelfall anwendbar waren, von selbst.

Mit der Abwendung von der Begriffsjurisprudenz und der Bejahung einer ergänzenden und abändernden Rechtsfindung und -weiterentwicklung in der heutigen Wissenschaft trat das Interesse an der "Rechtsnatur der Vormerkung" in den Hintergrund. Hinzu kam, daß aufgrund der fast unübersehbaren Versuche der systematischen Erfassung der Vormerkung sich die Ansicht durchgesetzt hat, daß eine Einordnung der Vormerkung in das System des BGB nicht möglich ist. ³⁾ Seither ist die Rechtslehre in erster Linie bestrebt, eine Antwort auf die streitigen Einzelfragen, welche Vorschriften und Rechtsgedanken des Sachenrechts auf die Vormerkung Anwendung finden, zu geben.

Im Gegensatz zur Rechtswissenschaft hat die höchstrichterliche Rechtsprechung schon in den ersten Entscheidungen zur Vormerkung sich, ohne näher auf die Rechtsnatur der Vormerkung einzugehen, auf das Ausfüllen der vom Gesetzgeber offen gebliebenen Lücken beschränkt.

-
- 1) Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Vormerkung Bendix in Gruchot Bd. 49, 288 ff.; Biermann S. 58 ff.; Reichel in Jherings Jb. 46, 59-64.
 - 2) Vgl. die Monographien von Biemann S. 167 ff.; Othmer S. 60 ff.; Philipsen S. 50; Sekler S. 111; Verrier S. 90; Weber S. 9; u. a.
 - 3) Vgl. Heck § 47 III 1; Staudinger-Seufert § 883 Bem. 39; Westermann § 84 I 2 b; Wieacker § 19 IV 2; Wolff-Raiser § 48 VII.

Vom Gesetzgeber nicht geregelt ist auch die Frage, inwieweit der öffentliche Glaube des Grundbuches auf die Vormerkung anwendbar ist und insbesondere, ob es einen gutgläubigen Erwerb der Vormerkung gibt.

Bei dem Erwerb einer Vormerkung sind zwei Fälle eines möglichen gutgläubigen Erwerbs zu unterscheiden: 1. bei der Begründung der Vormerkung und 2. bei der Abtretung des Vormerkungsrechtes. Diese beiden Fälle sind nicht notwendig gleich zu lösen. Beim Erst-erwerb der Vormerkung wird der gute Glaube des Erwerbers an das Eigentum des Anspruchs-schuldners am Grundstück oder an dessen Berechtigung an einem beschränkt dinglichen Recht geschützt. Bei der Abtretung des Vormerkungsrechts hingegen bezieht sich der gute Glaube des Erwerbers auf das Bestehen des Vormerkungsrechtes selbst.

Entsprechend der eingangs aufgezeigten allgemeinen Entwicklung wurde sowohl bei der Begründung der Vormerkung als auch bei der Abtretung des Vormerkungsrechtes in der älteren Lehre die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb möglich sei, als von der "Rechtsnatur der Vormerkung" abhängig gesehen.

Eine Minderheit betrachtete die Vormerkung als dingliches Recht und erklärte dem-entsprechend § 892 BGB für anwendbar.¹⁾ Die h.L.²⁾ und die gesamte Rechtsprechung³⁾ verneinte dagegen geschlossen, daß die Vormerkung ein dingliches Recht sei, ohne im übrigen zu der Frage nach der "Rechtsnatur der Vormerkung" zu einer Übereinstimmung zu kommen. Da die h.M. die Vormerkung nicht als dingliches Recht ansah, lehnte sie infolgedessen die Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung ab.

1) Fuchs § 883 Anm.7 cc; Othmer S.67; Sekler S.124 ff.; Vervier S.90.

2) Biemann S.184; Müller S.27; Rheinen S.76; Philippsen S.50; Reichel in Jherings Jb. Bd.46 S.149 u.a.

3) Vgl. RGZ 113, 403, 408; 116, 238, 239; 118, 230, 233 f.; 120, 13, 17; 124, 200, 202; 142, 331, 333.

Unabhängig von der Streitfrage, ob die Vormerkung den dinglichen Rechten zugeordnet werden kann oder nicht, haben Lehre und Rechtsprechung im Falle der Bewilligung einer Vormerkung in Anwendung der §§ 893, 892 BGB einen gutgläubigen Erwerb der Vormerkung bejaht, indem die Bewilligung der Vormerkung, sobald diese aufgrund der Bewilligung im Grundbuch eingetragen wird, als Verfügung über das Eigentum oder das beschränkte dingliche Recht am Grundstück angesehen wurde.¹⁾

In dem Fall der Abtretung des Vormerkungsrechtes kann die Anwendung der §§ 893, 892 BGB einen gutgläubigen Erwerb nicht rechtfertigen, da die Übertragung des Vormerkungsrechtes keine Verfügung über das Eigentum oder über ein beschränkt dingliches Recht am Grundstück darstellt, sondern allein eine Verfügung über das Vormerkungsrecht. In diesem Fall kann nur eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung zu einem gutgläubigen Rechtserwerb führen. Dieser zweite Fall hat gegenüber dem ersten keine große praktische Bedeutung.²⁾ Nachdem man im Falle der Bewilligung der Vormerkung durch die Anwendung der §§ 893, 892 BGB zu einem von der h.M. gebilligten Ergebnis gekommen war, ruhte deshalb der Meinungsstreit über den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung.

B.

Durch einen Beschluß vom 21.6.1957³⁾ hat der Bundesgerichtshof die Frage nach der Anwendung des öffentlichen Glaubens auf die Vormerkung erneut aufgegriffen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs erging zu der Frage, ob gegenüber einer Vormerkung ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen werden könne. Dieses erklärt der Bundes-

1) Auf diesen Fall wird unten S. 24 ff. näher eingegangen.

2) Ein Fall eines möglichen gutgläubigen Erwerbs bei Abtretung des Vormerkungsrechtes ist, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden. In RGZ 142, 331, 333 wird ein solcher Fall allerdings erwähnt und die Anwendung des § 892 BGB verneint.

3) BGH (5. Zivilsenat) V ZB 6/57 abgedruckt in: BGHZ 25, 16 ff.
=DRspr. I (150) Bl. 85 a = Betrieb 1957 Nr. 28 S. 682
=NJW 1957, 1229 ff.; =JZ 1957, 627 ff. m. Anm. Baur
=MDR 1957, 668 ff. m. Anm. Thieme.

gerichtshof insoweit für zulässig als die Eintragung der Vormerkung einen Rechtserwerb aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches ermögliche. Der zur Entscheidung stehende Fall und die weiteren Rechtsausführungen interessieren hier nur insoweit, als der Bundesgerichtshof aufzeigt, in welchen Fällen er einen gutgläubigen Erwerb der Vormerkung annimmt. Neben der Anwendung der §§ 893, 892 BGB auf die Bewilligung der Vormerkung bejaht der Bundesgerichtshof einen gutgläubigen Erwerb auch im Falle der Abtretung des Vormerkungsrechtes. Er bringt hierzu folgendes Beispiel ¹⁾:

"Ist für einen wirksamen Auflassungsanspruch von einem Nichtberechtigten eine Vormerkung zugunsten eines Bösgläubigen bestellt worden, so kann die Vormerkung in der Person eines gutgläubigen Rechtsnachfolgers des Bösgläubigen wirksam werden."

Der Bundesgerichtshof führt in seiner Entscheidung nicht aus, ob er den gutgläubigen Erwerb in diesem Falle aufgrund des § 892 BGB rechtfertigen oder welche andere Norm er auf diesen Fall anwenden will. Aus dem oben ²⁾ Gesagten ergibt sich aber, daß hier nur eine Anwendung des § 892 BGB in Betracht kommen kann. Eine Begründung für den gutgläubigen Erwerb gibt der Bundesgerichtshof ebenfalls nicht.

Der Aussagewert der BGH-Entscheidung ist zudem dadurch gemindert, daß der Teil der Entscheidung, in dem der Bundesgerichtshof die Anwendung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches auf die Vormerkung erörtert, nicht die Entscheidung trägt. Der Bundesgerichtshof führt selbst aus, daß es sich in dem zur Entscheidung vorgelegenen Rechtsstreit nicht um einen Fall handelt, in dem die Eintragung einer Auflassungsvormerkung aufgrund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches zu einem Rechtserwerb führen könnte, weil zwischen den Beteiligten das Bestehen des Auflassungsanspruches und die

) BGHZ 25, 16, 23 ff.

) Siehe oben S.4, 2. Abs.

Bewilligung der Vormerkung streitig war. Es handelt sich demnach bei den Ausführungen des Bundesgerichtshofs nicht um die "ratio decidendi", sondern um ein die Rechtsprechung nicht bindendes "obiter dictum".¹⁾ Dennoch darf der Wert dieser Ausführungen als Weiterentwicklung des Rechts nicht gering geschätzt werden, zumal die Auffassung als Leitsatz in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes abgedruckt worden ist.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein zu untersuchen, ob § 892 BGB auf den Erwerb der Vormerkung unmittelbar oder entsprechend anwendbar ist und ob die BGH-Entscheidung, soweit sie den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung bei Abtretung des Vormerkungsrechtes betrifft, gebilligt werden kann.

Die Arbeit wird - den beiden verschiedenen Fällen eines möglichen gutgläubigen Erwerbs bei der Vormerkung entsprechend - zunächst den gutgläubigen Erwerb bei Begründung der Vormerkung und sodann ausgehend von dem in BGHZ 25, 16, 23 gegebenen Beispiel den gutgläubigen Erwerb bei Abtretung des Vormerkungsrechtes untersuchen.

1) Vgl. § 136 GVG. Nur wenn die zur Begründung angeführte Rechtsauffassung die Entscheidung trägt und nicht nur eine blosse Rechtsansicht darstellt, die beiläufig geäußert wurde, ist ein anderer Senat daran "gebunden" und es bedarf der Einberufung eines großen Senats, wenn ein Senat von der früheren Entscheidung des anderen Senats abweichen will.

Wieczorek § 136 GVG Bem. B1; RGZ 134, 17, 22.

II.

GUTGLÄUBIGER ERWERB BEI BEGRÜNDUNG
DER VORMERKUNG

A.

Nach § 885 BGB entsteht die Vormerkung aufgrund einer Bewilligung oder einer einstweiligen Verfügung und zusätzlich aufgrund ihrer Eintragung im Grundbuch. Unabhängig davon, ob § 892 BGB direkt oder nur über § 893 BGB auf den Ersterwerb der Vormerkung Anwendung findet, ist fraglich, ob bei beiden nach § 885 BGB möglichen Entstehungsarten der Vormerkung ein gutgläubiger Erwerb in Betracht kommt.

§ 892 BGB bestimmt, daß der Inhalt des Grundbuches zugunsten desjenigen als richtig gilt, der durch Rechtsgeschäft ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem anderen Recht erwirbt. Wird die Vormerkung aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO im Grundbuch eingetragen, so handelt es sich hierbei nicht um einen Erwerb durch Rechtsgeschäft, sondern durch eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme. Nach dem Wortlaut des § 892 BGB muß demnach der Schutz des öffentlichen Glaubens bei der aufgrund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung versagen. Das Ergebnis der wörtlichen Auslegung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers und dem Sinn und Zweck der Vorschrift.

Im 1. Entwurf zum BGB sollte der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nicht nur auf den rechtsgeschäftlichen, sondern auch auf den sich im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes vollziehenden Erwerb erstrecken.¹⁾ Erst im 2. Entwurf wurde der gute

Glaube auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb beschränkt. Hieraus folgt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung nicht geschützt werden sollte. Die Beschränkung auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb in § 892 BGB ist auch begründet. Der Schutz des § 892 BGB kann nur seinen Zweck erfüllen, wenn ein Dritter im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches mit dem Nichtberechtigten ein Rechtsgeschäft vornimmt. Hier ist es aus Gründen des Verkehrsschutzes gerechtfertigt, im Widerstreit der Interessen des nicht eingetragenen materiell Berechtigten und des gutgläubigen Dritten zu dessen Gunsten in die wirkliche Rechtslage rechtsvernichtend einzugreifen.¹⁾ Anders aber ist es zu beurteilen, wenn der Nichtberechtigte sich weigert, über den ihm nicht gehörigen Gegenstand zu verfügen und der Dritte sich an den Staat zur Durchsetzung seiner Ansprüche wendet. Hier hat der Grundsatz zu gelten, daß in der Zwangsvollstreckung der Gläubiger seine Befriedigung nur aus den Sachen des Schuldners suchen soll, nicht aber aus den im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen Dritter.²⁾

Dieser Grundsatz gilt auch bei der Vormerkung. Wird die Vormerkung aufgrund einer einstweiligen Verfügung eingetragen, so ist es nicht gerechtfertigt, daß der Gläubiger mehr erwirbt, als er nach der wirklichen Rechtslage zur Sicherung seiner Forderung beanspruchen darf. Der gutgläubige Erwerb bei Begründung der Vormerkung ist also auf den Fall der bewilligten Vormerkung zu beschränken.³⁾

-
- 1) Vgl. Lutter in AcP 164, 122, 159. Der Aufsatz von Lutter ist erst nach Abschluß der Arbeit erschienen, er konnte daher nur noch kurz in den Fußnoten berücksichtigt werden.
 - 2) Vgl. §§ 771 ff. ZPO, 43 ff. KO, 37 Ziff. 5 ZVG; Prot. III 186 zu § 837 S. 77 ff.; RGZ 68, 150, 153; Westermann § 85 III 1 a; Wolff-Raiser § 45 3 a.
 - 3) Vgl. RGZ 118, 230, 234; 120, 13, 14; BGHZ 25, 16, 23; RGRK-Pritsch § 883 Anm. 45; Staudinger-Seufert § 883 Bem. 56; Wolff-Raiser § 48 IV; Westermann § 85 IV 3; Zunft in JW 1929, 2497 f.; Furtner in NJW 1963, 1485; Reinicke in NJW 1964, 2381. Die Aufsätze von Furtner und Reinicke sind erst nach Abschluß der Arbeit erschienen, sie konnten daher nur noch kurz in den Fußnoten berücksichtigt werden. Reinicke aaO S. 2379 weist mit Recht darauf hin, daß gemäß §§ 894, 898 ZPO ein gutgläubiger Erwerb möglich ist, wenn die Vormerkung nicht aufgrund einer einstweiligen Verfügung eingetragen wird, sondern der Nichtberechtigte zur Abgabe der Bewilligung verklagt und die Vormerkung aufgrund des rechtskräftigen Urteils eingetragen wird.

B.

Wegen der engen Verbindung von zu sichernder Forderung und Vormerkung ist es zweckmäßig, sich den Sachverhalt vorzustellen, bei dem ein gutgläubiger Ersterwerb der Vormerkung in Betracht kommt. Ein im Grundbuch eingetragener Nichtberechtigter schließt mit einem Gutgläubigen einen schuldrechtlichen Vertrag über eine der in § 883 Abs.1 BGB aufgeführten dinglichen Rechtsänderungen. Außerdem bewilligt er zur Sicherung dieses Anspruches eine Vormerkung, welche im Grundbuch eingetragen wird.

Da die dem Gutgläubigen versprochene Leistung nur subjektiv unmöglich, objektiv aber möglich ist, erwirbt der Gutgläubige, ohne daß es auf seinen guten Glauben ankommt, einen rechtswirksamen Anspruch auf eine eintragbare dingliche Rechtsänderung. Es fragt sich, ob er auch die Vormerkung erworben hat. Gemäß § 885 BGB muß die Eintragung der Vormerkung aufgrund der Bewilligung desjenigen erfolgen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Da die Bewilligung der Vormerkung in § 885 BGB materiell-rechtliche Voraussetzung für die Entstehung der Vormerkung ist ¹⁾, ist die Bewilligung des in seinem Recht Betroffenen maßgeblich. Materiell betroffen ist aber der im Grundbuch nicht eingetragene Berechtigte und nicht der im Grundbuch eingetragene Nichtberechtigter, der die Vormerkung bewilligt hat. Der Gläubiger des schuldrechtlichen Anspruches kann demnach die Vormerkung nur dann erwerben, wenn er in seinem guten Glauben geschützt wird.

Zunächst kommt für einen gutgläubigen Erwerb der Vormerkung eine direkte Anwendung des § 892 BGB in Betracht. Nach § 892 BGB wird der gute Glaube desjenigen geschützt, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt. Voraussetzung für eine direkte Anwendung des § 892 BGB ist demnach zunächst, daß die Vormerkung als ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte angesehen werden kann.

1) RG in JW 1926, 1955; Staudinger-Seufert § 885 Bem.3; Erman-Westermann § 885 Anm.2; RGRK-Pritsch § 885 Anm.8; Palandt-Hoche § 885 Anm.3; a.A. Heck § 47 III, 3.

Nach der Terminologie des Gesetzgebers sind unter einem Recht am Grundstück das Grundstückseigentum und unter Rechten an solchen Rechten beschränkt dingliche Rechte am Grundstück, also nur dingliche Rechte zu verstehen.¹⁾ Zwar ist auch in den Materialien zum BGB § 892 damit begründet worden, die Entstehung und Übertragung von Eigentum und beschränkt dinglichen Rechten am Grundstück zu schützen²⁾, es fragt sich aber, ob die Beschränkung des § 892 BGB auf den Schutz dinglicher Rechte am Grundstück dem rechtspolitischen Zweck der Vorschrift entspricht.

In § 892 BGB ist der Schutz des gutgläubigen Erwerbers im Grundstücksrecht normiert. Mit dem Rechtsinstitut des gutgläubigen Erwerbs löst das BGB den Interessenkonflikt zwischen dem wirklichen Eigentümer und dem redlichen Erwerber, der in Unkenntnis der tatsächlichen Rechtslage von einem Nichtberechtigten einen Gegenstand erwirbt. Der wirkliche Berechtigte verliert zugunsten des redlichen Erwerbers sein Eigentum und wird auf einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäß §§ 812 ff. BGB gegen den nichtberechtigt Verfügenden verwiesen. Ein solcher Eingriff in die materielle Rechtslage ist weniger durch eine auf den Einzelfall abgestellte Interessensabwägung zwischen dem Eigentümer und dem Dritterwerber, sondern fast ausschließlich durch den allgemeinen Schutz des gutgläubigen Dritten begründet. Rechtspolitisch ist es gerechtfertigt, der Sicherheit und Leichtigkeit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs in einer Zeit einer immer größeren wirtschaftlichen Verflechtung den Vorrang vor einem absoluten Schutz des Eigentums zu geben.³⁾

Ein so erheblicher Eingriff in das materielle Recht verlangt, daß dem gutgläubigen Erwerber feste Grenzen zu setzen sind. Von den vermögenswerten Rechten hat deshalb das BGB nur

-
- 1) Vgl. Erman-Westermann Vorbem. 5 zu §§ 891 ff.; Palandt-Hoche § 892 Anm. 1 und 2; RGRK-Pritsch § 891 Anm. 8 und 18; Soegel-Siebert-Baur § 891 Anm. 2.
 - 2) Mot. III S. 211; Prot. III 186 S. 77 ff.
 - 3) Vgl. Baur § 52 I 2; Lutter in AcP 164, 122 ff.; Westermann § 45 I; Wolff-Raiser § 68 II 1 und die sehr kritische Stellungnahme Hübners, insbesondere zum Mobiliarsachenrecht; Hübner aaO S. 12 ff.

die dinglichen Rechte dem Schutz des guten Glaubens zugewiesen, alle Forderungen aber ausgenommen. Hierfür sind zwei Gründe maßgeblich:

Der erste Grund hierfür liegt in der strengen Trennung von Schuld- und Sachenrecht im BGB. Der Gesetzgeber hat das Vermögensrecht trotz vieler gemeinsamer Anknüpfungspunkte nicht einheitlich behandelt, sondern in nur gegen eine oder mehrere Personen gerichtete schuldrechtliche Beziehungen und in dingliche Rechte, deren Inhalt als das subjektive Recht an einem körperlichen Gegenstand verstanden wird, getrennt. Die Vorstellung vom Schuldrecht als einer Verpflichtung gegenüber einem bestimmten anderen zu einer Leistung verbietet schon gedanklich die Annahme eines gutgläubigen Erwerbs. Der Erwerb einer nicht bestehenden Forderung müßte zu Lasten eines unbeteiligten Dritten geschehen, der dadurch ohne sein Zutun, selbst ohne davon Kenntnis zu haben, zum Schuldner würde.¹⁾ Ein solches Ergebnis ist untragbar.

Der zweite Grund für den Ausschluß des Schuldrechts vom gutgläubigen Erwerb liegt darin, daß der Gesetzgeber den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers als Schutz dessen Vertrauens auf einen Rechtsschein auffaßt. Im Mobiliarsachenrecht ist der für den guten Glauben maßgebliche Rechtsscheintatbestand der Besitz, §§ 932 ff. BGB.²⁾, und im Grundbucheintrag, §§ 891 ff. BGB. Der Forderung als Leistungsversprechen gegenüber einem Dritten fehlt jedoch ein solcher Rechtsschein.

Der Grundsatz, daß Forderungen nicht gutgläubig erworben werden können, ist allerdings in zwei Fällen durchbrochen. Zunächst kennt das Gesetz einen gutgläubigen Forderungserwerb in § 405 BGB. Wird eine Forderung unter Vorlage einer vom Schuldner über die Forderung ausgestellten Urkunde abgetreten, so kann sich der Schuldner dem Zessionar

1) Vgl. Larenz § 30 1.

2) Daneben gilt im Mobiliarsachenrecht das Veranlassungsprinzip. Gegen die Überbewertung der Publizitätsfunktion des Besitzes und für eine abwägendere Lösung im Mobiliarsachenrecht vor allem Hübner S.41 ff. und 56 ff.

gegenüber nicht darauf berufen, daß er die schuldrechtliche Verpflichtung nur zum Schein übernommen habe.¹⁾ Die Verpflichtungserklärung des Schuldners ist gemäß § 117 BGB nichtig. Der "Zedent" konnte daher keine Forderung abtreten. Dennoch entsteht in der Person des "Zessionars" eine Forderung, deren Inhalt sich aus der Urkunde bestimmt. Bei der beurkundeten Forderung handelt es sich aber nicht um einen allgemeinen von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsscheintatbestand. § 405 BGB ist eine Ausnahmenvorschrift, die durch die Gefährlichkeit des unrichtig beurkundeten Scheingeschäfts begründet ist. Das wird deutlich, wenn man bedenkt, welche Gefahren von einer beurkundeten Forderung ausgehen können.²⁾

Der zweite Fall eines gutgläubigen Forderungserwerbs befindet sich im Erbrecht. Tritt ein durch Erbschein legitimierter Nichterbe eine Erbschaftsforderung ab, so erwirbt der gutgläubige Zessionar die Forderung gemäß § 2366 BGB. Grundlage des gutgläubigen Erwerbs ist hier nicht der Erbschein, sondern der Hoheitsakt, der aufgrund einer Nachprüfung des behaupteten Erbrechtes erlassen worden ist.³⁾ Es ist deshalb nicht notwendig, daß der gutgläubige Erwerber sich den Erbschein vorlegen läßt. Der gutgläubige Erwerber muß nicht einmal davon Kenntnis haben, daß ein Erbschein ausgestellt worden ist.⁴⁾ Der Erbschein verlaublicht, wem das Erbrecht als ganzes zusteht. Gemäß § 2365 BGB wird der gute Glaube an das Erbrecht geschützt. Darin unterscheidet sich trotz der gleichen Ausgestaltung der §§ 2365 ff. BGB und der §§ 891 ff. BGB der öffentliche Glaube des Erbscheins von demjenigen des Grundbuches. §§ 891 ff. BGB und §§ 932 ff. BGB schützen nur den guten Glaube an das Eigentum des Verfügenden nicht aber an dessen Verfügungsberechtigung.

Bei den Vorschriften der §§ 405 und 2366 BGB handelt es sich demnach um echte Ausnahmefälle, die zwar im Ergebnis einen gutgläubigen Forderungserwerb kennen. Eine Erweiterung

1) Im Falle des pactum de non cedendo liegt kein gutgläubiger, sondern nur ein einredefreier Erwerb vor.
Vgl. Esser Lehrbuch S.422.

2) Westermann in JuS 1963, 5.

3) Westermann in JuS 1963, 4.

4) ZBiffG 8, 327, 329.

des sachenrechtlichen Prinzips des guten Glaubens auf das Gebiet des Forderungsrechtes ist aber in den Vorschriften der §§ 405 und 2366 BGB nicht zu sehen. Der Schutz des guten Glaubens i. S. des Schutzes des Vertrauens auf einen vom Gesetz anerkannten Rechts-scheintatbestand ist also auf das Sachenrecht beschränkt.

Eine direkte Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung hängt demnach davon ab, ob die Vormerkung als dingliches Recht angesehen werden kann.

Die Ansicht, daß die Vormerkung ein dingliches Recht sei, wird vereinzelt bis in die jüngste Zeit immer wieder vertreten. Dabei wird sowohl angenommen, daß die Vormerkung das zu sichernde dingliche Recht selbst begründe oder die Vormerkung das dingliche Recht unter einer Bedingung darstelle als auch, daß die Vormerkung ein eigenes dingliches Recht sei, und der "numerus clausus" der dinglichen Rechte um die Vormerkung erweitert werden müsse. Dabei können die Auffassungen von vorne herein außer Betracht bleiben, die die Vormerkung als dingliche Erwerbsberechtigung, dingliches Sicherungsrecht, dingliches Warterecht u.ä.¹⁾ bezeichnen, diese "dinglichen" Rechte aber nicht als Rechte an einer Sache oder Rechte an einem solchen Rechte i. S. des BGB ansehen.

- a) Am weitesten geht Othmer²⁾, der die Vormerkung mit dem endgültigen einzutragenden dinglichen Recht selbst gleichstellt. Othmer begründet seine Auffassung damit, daß abgesehen von den Vermutungen des § 891 BGB die Vormerkung dieselbe Wirkung wie die endgültige Eintragung habe. Diese Auffassung ist in der Literatur und Rechtsprechung vereinzelt geblieben. Entscheidend gegen diese Auffassung spricht, daß die Vormerkung und die endgültige Eintragung nicht dieselben Wirkungen haben, wie Othmer behauptet.

Die Gleichstellung der Vormerkung mit dem endgültigen dinglichen Recht in §§ 24, 193 KO, §§ 9 Nr. 1, 48, 52 ZVG deutet darauf hin, daß das vorgemerkte Recht dem endgültig eingetragenen nicht gleichsteht. Daß vorgemerktes Recht und endgültig eingetragenes

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey I 1 § 79 A II 5; Hellwig S. 254; Crome S. 176 f. u. a.

2) Othmer S. 80.

Recht nicht die gleichen Wirkungen haben, beweisen die §§ 886, 887 BGB. Danach wird im Falle zerstörender Einreden gegen den vorgemerkten Anspruch, oder bei einem Aufgebotsverfahren die Vormerkung beseitigt, während in §§ 1168, 1169, 1170 BGB bei zerstörenden Einreden oder im Falle eines gegen die eingetragene Hypothek ergangenen Ausschußurteils bestimmt ist, daß die Fremdhypothek zur Eigentümergrundsschuld wird. Auch § 902 BGB, der die Verjährung der Ansprüche aus eingetragenen Rechten bestimmt, ist nicht auf die Vormerkung anwendbar.¹⁾

Noch deutlicher wird der Unterschied zwischen Vormerkung und eingetragenen dinglichen Recht bei vormerkungswidrigen Verfügungen. Diese sind gemäß § 883 Abs. II BGB "nur" relativ unwirksam, eine Grundbuchsperrung tritt nicht ein.²⁾ Ist aber das Recht endgültig eingetragen, so ist nur der Eigentümer und der Gläubiger des eingetragenen Rechts zu Verfügungen über das Recht berechtigt. Verfügt der frühere Berechtigte, so sind seine Verfügungen die eines Nichtberechtigten. Schon hieraus ergibt sich, daß eine Übereinstimmung der Wirkungen der Vormerkung und der endgültigen Eintragung in den wesentlichen Punkten nicht besteht. Die h.M. lehnt deshalb die Ansicht Othmers zu Recht ab.³⁾

- b) Die Meinung, daß die Vormerkung das bedingte endgültige Recht sei, wird von Sekler⁴⁾ und Fuchs⁵⁾ vertreten. Diese Auffassung betont, daß die Vormerkung die endgültige

1) h.M. RGZ 81, 288, 290; 144, 364, 368; Staudinger-Seufert § 902 Bem. 2; Palandt-Hoche § 902 Anm. 2a; RGRK-Pritsch § 902 Anm. 5 und § 883 Anm. 49; Soergel-Siebert-Baur § 902 Anm. 1.

2) RGZ 132, 419, 424; Staudinger-Seufert § 883 Bem. 44; Erman-Westermann § 883 Anm. 1; Palandt-Hoche § 883 Anm. 5c; RGRK-Pritsch § 883 Anm. 63.

3) Vgl. Staudinger-Seufert § 883 Bem. 39; Erman-Westermann § 883 Anm. 10; Palandt-Hoche § 883 Anm. 2a; RGRK-Pritsch § 883 Anm. 37; Soergel-Siebert-Baur § 883 Anm. 2.

4) Sekler S. 124.

5) Fuchs § 883 Anm. 7cc.

Eintragung vorbereite und dieselben Wirkungen wie das bedingte endgültig eingetragene Recht habe.¹⁾

Fuchs²⁾ verkennt zwar nicht, daß gewisse Unterschiede zwischen einem bedingten dinglichen Recht und einem vorgemerkten Anspruch auf eintragbare Rechtsänderung bestehen, hält diese Abweichungen aber für unerheblich. Läßt man außer Betracht, welche Schwierigkeiten sich bei einem Vergleich zwischen bedingtem und vorgemerktem Recht im einzelnen, z.B. bei der Löschungsvormerkung, ergeben, so sind erhebliche Unterschiede nicht nur in den Rechtsvoraussetzungen, sondern auch in den Rechtswirkungen nicht zu leugnen.

Ist ein Recht unter einer aufschiebenden Bedingung gemäß §§ 158 ff. BGB übertragen worden, so ist der schuldrechtliche Vertrag erfüllt. Das dingliche Verfügungsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber ist vollzogen worden, nur der erstrebte Rechtserfolg, nämlich der Rechtsübergang, hängt noch von dem Eintritt der Bedingung ab. Dieser Rechtslage hat der Gesetzgeber in § 161 BGB Rechnung getragen. Nach dieser Vorschrift ist jede weitere Verfügung, die der Veräußerer über den Gegenstand trifft, obwohl er noch Eigentümer ist, bei Eintritt der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die erste Verfügung beeinträchtigen kann. Die weiteren entgegenstehenden Verfügungen sind absolut unwirksam. Auf die Unwirksamkeit der Verfügung kann sich jeder berufen.³⁾ Demgegenüber kann der Erwerber, dem das aufschiebend bedingte Recht zusteht, über das Anwartschaftsrecht unbeschränkt verfügen.

Ist dagegen ein eintragbarer Anspruch im Grundbuch vorgemerkt worden, so ist zwar aufgrund der Vormerkung die Erfüllung des Anspruches weitgehend gesichert, das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft muß aber noch im vollen Umfange erfüllt werden. Im Falle der Auflassungsvormerkung muß noch die Einigung über die Eigentumsübertragung erklärt und der Eigentumsübergang ins Grundbuch eingetragen werden. Dieser Rechtslage entspricht es, daß der Veräußerer vor Erfüllung des vorgemerkten Anspruches auch im Verhältnis zu

1) Fuchs in LZ 1914, 4 ff. insbes. Sp.147 f.

2) Fuchs in LZ 1914, 4 ff. insbes. Sp.147 ff.

3) RGZ 76,89,91; Erman-Hefermehl § 161 Anm.4; Enneccerus-Nipperdey § 198 I 2.

Dritten noch rechtswirksam verfügen kann. Seine Verfügungen, die er später über denselben Gegenstand trifft, sind nur gegenüber dem Vormerkungsberechtigten und nur insoweit unwirksam, als sie im Falle der Erfüllung des Anspruches diesen beeinträchtigen, § 883 Abs. 2 BGB. Auf die relative Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen kann sich nur der Vormerkungsberechtigte gemäß § 888 BGB berufen, nicht aber der Anspruchsschuldner oder Dritte.

Schon diese Gegenüberstellung der Rechtswirkungen bei Verfügungen des Veräußerers zeigt, daß das bedingte Recht an dem absoluten Schutz der dinglichen Rechte teilnimmt, während das Gesetz dem Vormerkungsberechtigten nur einen relativen Schutz gewährt. Daraus aber ergibt sich, daß eine Übereinstimmung von vorgemerkttem Recht und bedingtem Recht nicht besteht. Die Versuche, das vorgemerkte Recht als bedingt dingliches anzusehen sind deshalb von der h.L. mit Recht abgelehnt worden.¹⁾

- c) Schwerer als die Meinungen, die im vorgemerkten Recht das endgültige Recht oder das bedingte endgültige Recht sehen, wiegt die Auffassung von Jaeger, Lent²⁾ und neuerdings auch Kempf³⁾, die die Vormerkung als ein besonderes dingliches Recht bezeichnen. Jaeger⁴⁾ weist darauf hin, daß nach § 883 Abs. 1 BGB die Vormerkung ähnliche Wirkungen wie eine bedingte Verfügung habe. Nach den Motiven sei die analoge Ausgestaltung vom Gesetzgeber gewollt.⁵⁾ Ein bedingtes Recht sei das vorgemerkte Recht nicht, da das Vollzugsgeschäft, wie oben festgestellt, in vollem Umfange noch vorgenommen werden müßte. Aber aus der gleichen Wirkung sei zu folgern, daß die Vormerkung ein besonderes dingliches Recht sei.

1) Lit. siehe Seite 14 Anm. 2

2) Jaeger-Lent § 24 Anm. 2 f.

3) in Jus 1961, 22, 23 f.

4) Jaeger § 24 Anm. 2.

5) Vgl. Prot. III S. 112.

Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, daß das Bürgerliche Recht außer bei der Vormerkung gemäß §§ 135 f. BGB bei dem gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbot relativ unwirksame Verfügungen kennt. Da dinglichen Rechten grundsätzlich ein absoluter Schutz zuteil wird, weist der relative Schutz, wie oben festgestellt, auf ein nichtdingliches Recht hin. Zudem ist eine Verfügung i.S. des § 161 BGB nicht notwendig eine Verfügung über ein dingliches Recht. Unter § 161 BGB fällt jede bedingte Verfügung, auch die Verfügung über nicht-dingliche Rechte. Die Begründung von Lent kann daher nicht überzeugen.

Kempf¹⁾ ist der Auffassung, daß das dingliche Vorkaufsrecht nur ein Unterfall der Vormerkung sei, was sich daraus ergebe, daß dem dinglichen Vorkaufsrecht gemäß § 1098 Abs. II BGB Dritten gegenüber die Wirkungen der Vormerkung beigelegt worden seien. Nach dem Beweisschluß a minore ad majus müsse demnach, da das dingliche Vorkaufsrecht ein echtes dingliches Recht sei, auch die Vormerkung als dingliches Recht angesehen werden.

Trifft die Annahme Kempfs zu, so müßten das dingliche und das persönliche, durch Vormerkung gesicherte Vorkaufsrecht die gleichen Wirkungen haben, weil gemäß § 1098 Abs. I BGB das Verhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten aus einem dinglichen Vorkaufsrecht sich nach den Vorschriften für das persönliche Vorkaufsrecht richtet und gemäß § 1098 Abs. II BGB Dritten gegenüber das dingliche Vorkaufsrecht die Wirkung eines vorgemerkten Auflassungsanspruches hat. Tatsächlich bestehen aber erhebliche Unterschiede, die das persönliche Vorkaufsrecht auch nicht durch entsprechende Vereinbarungen aufgrund der Vertragsfreiheit ausgleichen kann.

1. Zunächst ist festzustellen, daß das dingliche Vorkaufsrecht gemäß § 1097 BGB den Eigentümer verpflichtet, während ein vorgemerktes persönliches Vorkaufsrecht nur den Besteller und dessen Erben verpflichtet. Das dingliche Vorkaufsrecht gewährt dem Berechtigten somit grundsätzlich eine stärkere Rechtsstellung.

1) in JuS 1961, 22, 24

2. §§ 1100 ff. BGB über die Berichtigung des Kaufpreises bestimmen, daß der Käufer, der bereits als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden ist, sich wegen des von ihm berichtigten Kaufpreises an den Vorkaufsberechtigten halten kann. Auch diese Bestimmung gilt nur für das dingliche Vorkaufsrecht.

3. Das dingliche Vorkaufsrecht kann als subjektiv dingliches Recht bestellt werden, § 1094 Abs. II BGB. Ob das durch Vormerkung gesicherte persönliche Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes begründet werden kann, ist bestritten.

4. Das persönliche Vorkaufsrecht ist gemäß § 512 BGB ausgeschlossen, wenn der Konkursverwalter das Grundstück aus freier Hand verkauft, selbst wenn es durch Vormerkung gesichert ist. Das dingliche Vorkaufsrecht bleibt in einem solchen Falle gemäß § 1098 Abs. I BGB bestehen.

5. Gemäß § 889 BGB kann der Eigentümer das dingliche Vorkaufsrecht selbst erwerben. Das durch Vormerkung gesicherte Vorkaufsrecht würde in diesem Falle erlöschen.

6. Schließlich kann gemäß § 902 BGB das dingliche Vorkaufsrecht im Gegensatz zu dem persönlichen, selbst wenn dieses durch Vormerkung gesichert ist, nicht verjähren.²⁾

Bereits aus diesen wesentlichen Unterschieden ergibt sich, daß eine Übereinstimmung in den Rechtswirkungen des dinglichen und des vorgemerkten persönlichen Vorkaufsrechtes nicht besteht und daß das dingliche Vorkaufsrecht im Verhältnis zwischen Berechtigten und Verpflichteten eindeutig als dingliches Recht ausgestaltet ist.

Entscheidender ist aber der Schutz des dinglichen Vorkaufsrechtes Dritten gegenüber. Auch hier gibt es einen erheblichen Unterschied. Nach § 1098 Abs. II BGB hat das dingliche Vorkaufsrecht Dritten gegenüber die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch

1) bejahend. RGZ 128, 246, 248 ff.; Staudinger-Dittmann Vorbem. 3 zu § 1094 BGB; RGRK-Pritsch § 883 Anm. 18 f.; Palandt-Hoche § 883 Anm. 3b; verneinend Westermann § 125 I 3.

2) Siehe oben S. 14 Anm. 1

die Ausübung des Rechtes entstandenen Auflassungsanspruches, also die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung eines zukünftigen Anspruches. Gemäß § 883 Abs. II BGB entsteht die Vormerkung mit der Eintragung, auch wenn sie zur Sicherung eines zukünftigen Anspruches bestellt ist. Dementsprechend müßte der Vormerkungsschutz beim dinglichen Vorkaufsrecht ebenfalls mit der Eintragung des Vorkaufsrechtes beginnen. Wirtschaftlich gesehen wird der Übereignungsanspruch durch Verfügungen, die der Berechtigte nach Eintragung des Vorkaufsrechtes aber vor Eintritt des Vorkaufsfalles vornimmt, nicht beeinträchtigt, weil sie in gleichem Umfange zu einer Ermäßigung des Kaufpreises führen. Das dingliche Vorkaufsrecht kennt aber einen Vorkauf zu einem festen Preis nicht. Maßgeblich ist immer der mit Dritten vereinbarte Kaufpreis. Es ist deshalb unzweifelhaft, daß Verfügungen des Vorkaufsverpflichteten vor Eintritt des Vorkaufsfalles als vollwirksam anzusehen sind.¹⁾ Insoweit ist der Schutz des dinglichen Vorkaufsrechtes gegenüber dem durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch sogar eingeschränkt. Diese Einschränkung zeigt, daß § 1098 Abs. II BGB ausschließlich auf die Wirkungen der Vormerkung verweist, soweit der Vormerkungsschutz erforderlich ist, im übrigen Vormerkung und dingliches Vorkaufsrecht in ihren Voraussetzungen nicht vergleichbar sind.

Der relative Schutz eines Rechtes ist, wie oben dargelegt, kein Beweis für ein dingliches Recht. Das dingliche Vorkaufsrecht auch Dritten gegenüber in absoluter Weise zu schützen, ist aus praktischen Gesichtspunkten unmöglich. Ein derartiger Schutz müßte zu einer Grundbuchsperrung führen. Ein solches Ergebnis ist jedoch weder wünschenswert noch notwendig. Zum Schutz des Berechtigten aus einem dinglichen Vorkaufsrecht ist es ausreichend, daß im Vorkaufsfalle die Ausübung des Rechtes, nämlich die Eigentumsübertragung auf den Berechtigten sichergestellt ist. Hierfür genügt ein relativer Schutz wie bei der Vormerkung, weil der Auflassungsanspruch gegen Verfügungen Dritter durch den sog. Vormerkungsschutz vollkommen gesichert ist.

Aus dem Vergleich mit dem dinglichen Vorkaufsrecht kann man nur entnehmen, daß für ein dingliches Recht entsprechend seiner rechtspolitischen Zielsetzung im Einzelfalle ein relati-

1) RGZ 154, 370, 376; Westermann § 125 II 5 b; Palandt-Hoche § 1098 Anm. 4; RGRK-Denecke § 1098 Anm. 5; Staudinger-Dittmann § 1098 Bem. 21.

ver Schutz für ausreichend angesehen werden kann, weil ein absoluter Schutz auch Dritten gegenüber den Eigentümer in seiner Verfügungsmacht über das erforderliche Maß hinaus beeinträchtigen würde. Bei der Vormerkung ist aber der relative Schutz nicht eine Einschränkung des im übrigen absoluten Schutzes. Im Gegensatz zu dem dinglichen Vorkaufsrecht ist die Vormerkung im Verhältnis zwischen Berechtigten und Verpflichteten nicht als dingliches Recht ausgestaltet. Eine Übereinstimmung zwischen den beiden Rechten in den Wirkungen besteht nicht.

Der Hinweis auf § 1098 Abs. II BGB kann deshalb nichts Entscheidendes dazu beitragen, ob die Vormerkung als dingliches Recht angesehen werden kann.

Maßgeblich für die Frage, ob die Vormerkung als Recht an einem Grundstück oder Recht an einem solchen Rechte angesehen werden kann, ist die logisch systematische Stellung der Vormerkung im BGB. Die Vormerkung ist zwar im Immobiliarsachenrecht geregelt, die allgemeinen Vorschriften über Grundbuchrechte sind aber nur in beschränktem Umfang auf die Vormerkung anwendbar. Es gibt vielmehr eine Reihe von Vorschriften, in denen ausdrücklich eine Gleichstellung von dinglichen Recht und vorgemerkten Anspruch erfolgt. Könnte man die Vormerkung als dingliches Recht ansehen, so wären diese Vorschriften überflüssig.

1. Nach § 885 Abs. II BGB kann bei der Eintragung der Vormerkung zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruches auf die einstweilige Verfügung oder die Eintragungsbe-
willigung Bezug genommen werden. Diese Vorschrift entspricht derjenigen des § 874 BGB¹⁾.
Zwar handelt es sich in § 885 Abs. II BGB um eine Bezugnahme auf eine materiellrechtliche, in § 874 BGB um eine Bezugnahme auf eine formellrechtliche Eintragungsvoraussetzung. Die Bewilligung der Vormerkung nach § 885 Abs. II BGB erfüllt aber zugleich die Eintragungsvoraussetzung des § 19 GBO. Entscheidend für die Wiederholung der Vorschrift des § 874 BGB in § 885 Abs. II BGB ist, daß die Vormerkung nicht als dingliches Recht angesehen wurde.

1) RGRK-Pritsch § 885 Anm. 18; Staudinger-Seufert § 885 Bem. 10.

2. § 24 KO wäre entbehrlich, wenn der Gesetzgeber die Vormerkung als dingliches Recht angesehen hätte. Dann würde die Vormerkung auch ohne diese Bestimmung gemäß § 47 KO im Konkurs die Befriedigung des Anspruches durchsetzen können.
3. § 48 ZVG bestimmt, daß vorgemerkte wie eingetragene Rechte im Zwangsversteigerungsverfahren zu berücksichtigen sind. Daraus ergibt sich, daß die Vormerkung kein eingetragenes Recht i.S. des Gesetzes, d.h. dingliches Recht ist.
4. Schließlich ist noch § 1971 BGB zu erwähnen, der den Gläubigern, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, solche, deren Ansprüche durch Vormerkung gesichert sind, gleichstellt. Würde der Gesetzgeber die Vormerkung als dingliches Grundstücksrecht ansehen, so bedürfte es dieser Gleichstellung nicht.

Bereits aus diesen Vorschriften ergibt sich, daß das Rechtsinstitut der Vormerkung nicht als dingliches Recht behandelt worden ist. Nach der Ausgestaltung, welche die Vormerkung im BGB erfahren hat, ist dieses Ergebnis auch zutreffend. Trotz zahlreicher dinglicher Wirkungen entspricht die Vormerkung in einem wesentlichen Punkt nicht den Anforderungen, die an ein dingliches Recht zu stellen sind.

Allen dinglichen Rechten ist gemeinsam, daß sie eine sich aus der Art des dinglichen oder beschränkt dinglichen Rechtes ergebende Befugnis zum Inhalt haben, ein Grundstück in einer gewissen Weise zu nutzen, zu verwerten oder zu erwerben. Die beschränkt dinglichen Rechte können zwar in akzessorischer Weise mit einer Forderung verbunden sein, die den Inhalt des dinglichen Rechtes einschränkt oder verändert. Die Befugnis, ein Grundstück zu nutzen, zu verwerten oder zu erwerben, ist aber Ausfluß des dinglichen Rechtes selbst und bleibt deshalb, auch wenn das dingliche Recht akzessorisch an eine Forderung gebunden ist, z.B. bei der Hypothek, als selbständiges Recht erhalten. Besonders deutlich zeigt sich dies bei den akzessorischen Rechten, wenn die Forderung verjährt ist oder wegen Eintritts des Konkurses oder bei einer Teilherabsetzung im Zwangsvergleich nicht oder nur teilweise geltend gemacht werden kann. In diesen Fällen kann der Gläubiger die volle Erfüllung seines Rechtes nicht aufgrund der Forderung, wohl aber aufgrund seines dinglichen Rechtes verlangen.

Die Vormerkung dagegen gewährt dem Begünstigten keinen selbständigen dinglichen Anspruch, z.B. auf Verwertung eines Grundstückes wie die Hypothek (§ 1147 BGB) oder auf Übereignung eines Grundstückes wie das dingliche Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB). Die Vormerkung dient ausschließlich der Stärkung und Sicherung des persönlichen Anspruches. In allen Fällen, auch im Konkurs oder bei Abschluß eines Zwangsvergleiches kann nur der persönliche Anspruch erfüllt werden, da begrifflich die Vormerkung keine Erfüllung finden kann.

Zwar kennt die Vormerkung auch dingliche Ansprüche, z.B. in § 888 BGB. Diese Vorschrift gewährt aber nur einen unselbständigen Hilfsanspruch, der dazu dient, die Erfüllung des persönlichen Anspruches durchzusetzen.¹⁾ Der eigenartige Charakter des Anspruches aus § 888 BGB wird besonders deutlich in den Fällen, in denen die Vormerkung bereits erloschen ist. Auch nach Erfüllung des vorgemerkten Auflassungsanspruches durch Eintragung der Erwerbers als neuen Eigentümers und dem dadurch bedingten Erlöschen der Vormerkung kann eine vormerkungswidrige Belastung aufgrund des § 888 BGB beseitigt werden.²⁾ Als echter dinglicher Anspruch mußte der Anspruch aus § 888 BGB mit dem Erlöschen der Vormerkung ebenfalls entfallen. In der Praxis kann der Anspruch aus § 888 BGB oft aber erst nach Erfüllung der vorgemerkten Forderung geltend gemacht werden. Diese Regelung entspricht mehr der obligatorischer Beziehungen, die auch nach Erfüllung der vertraglichen Ansprüche noch nachträglich sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Schutzwirkungen kennen.

Aber auch in allen anderen Fällen, im Konkurs und beim Zwangsvergleich zeigt sich, daß die Vormerkung ausschließlich den persönlichen Anspruch sichert und stärkt, daneben aber keinen selbständigen dinglichen Anspruch gewährt.

Die unselbständige Natur der Vormerkung im Gegensatz zu allen dinglichen Rechten zeigt sich auch darin, daß der Schuldner des persönlichen Anspruches und der Eigentümer des belasteten Grundstückes oder Gläubiger des beschränkt dinglichen Rechtes personengleich sein müssen. Nach § 885 Abs. I BGB ist für die Eintragung der Vormerkung die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Grundstück oder Recht von der Vormerkung betroffen wird.

1) Staudinger-Seufert § 888 Bem. 4b.

2) RGRK-Pritsch Anm. 6 zu § 888; Staudinger-Seufert § 888 Bem. 8.

Danach ist es unmöglich, daß jemand an seinem Grundstück eine Vormerkung zur Sicherung eines nicht gegen ihn gerichteten Anspruches bestellt.¹⁾

Der selbständige dingliche Anspruch, welchen die Vormerkung nicht kennt, ist für das dingliche Recht kennzeichnend. Der Gesetzgeber hätte durchaus die Möglichkeit gehabt, der Vormerkung die Form eines dinglichen Rechtes zu geben, wenn er sie als selbständige Grundstücksbelastung ausgestaltet hätte, die dem Begünstigten das Recht gab, die Bestellung, Übertragung oder Aufhebung eines dinglichen oder beschränkt dinglichen Rechtes zu fordern. Daß der Gesetzgeber diese Möglichkeit gekannt hat, ergibt sich aus dem dinglichen Vorkaufsrecht, welches dem Berechtigten die Möglichkeit gibt, im Vorkaufsfalle die Auflassung des Grundstücks zu verlangen.

Rechtspolitisch ist die im BGB normierte Regelung der Vormerkung als ein mit dinglichen Wirkungen ausgestaltetes, aber nicht-dingliches Recht durchaus gerechtfertigt. Eine dingliche Vormerkung würde voraussetzen, daß der Gesetzgeber die Vormerkung als in gewissem Umfang verkehrsfähiges Recht ausbilden wollte. Dafür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte. Forderungen sind von ihrer Natur her zur Erfüllung bestimmt, also nur von kurzer Dauer. Um ein kurzlebiges Recht zu sichern bedurfte die Vormerkung nicht der Form eines dinglichen Rechtes. Eine dingliche Vormerkung würde vielmehr die Erfüllung der Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt ist, hinauszögern und damit mittelbar zu einer Unübersichtlichkeit des Grundbuches führen.

Demnach ergibt sich, daß die Vormerkung nicht als dingliches Recht anzusehen ist und eine direkte Anwendung des § 892 BGB ausscheidet.

Nachdem feststeht, daß § 892 BGB auf die Vormerkung nicht unmittelbar angewandt werden kann, fragt sich, ob eine analoge Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung gerechtfertigt ist.

1) Vgl. RGZ 154, 355, 361; KG in JW 35, 2155 f.; KG in RJA 6, 56 f.; KG in OLG Rspr. 14, 71; Westermann § 84 II 1 e; Wolff-Raiser § 48 I 3; Baur § 20 II 1 c; Staudinger-Seufert § 885 Bem. 2.

Eine Analogie setzt zunächst einen vom Gesetzgeber nicht geregelten Fall, eine sog. Gesetzeslücke voraus.¹⁾ Eine Gesetzeslücke liegt allerdings dann nicht vor, wenn aufgrund der §§ 893, 892 BGB ein gutgläubiger Erwerb bei Begründung der Vormerkung möglich ist.

C.

Nach § 893 BGB (2. Alternative) findet § 892 BGB entsprechende Anwendung, wenn zwischen demjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes ein nicht unter die Vorschriften des § 892 BGB fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

Für eine Anwendung des § 893 BGB auf die Vormerkung ist demnach zunächst erforderlich, daß in der Bewilligung der Vormerkung ein Rechtsgeschäft gesehen werden kann, welches nicht unter § 892 BGB fällt. Unter einem Rechtsgeschäft, dessen Begriff im BGB nicht bestimmt ist, versteht man eine oder mehrere auf einen Rechtserfolg gerichtete private Willenserklärungen, deren Wirkungen von der Rechtsordnung entsprechend dem als gewollt bezeichneten Rechtserfolg anerkannt werden.²⁾ In der Bewilligung der Vormerkung ist eine derartige private Willensäußerung zu sehen, deren Wirkung, nämlich der Schutz des Anspruchs auf eintragbare dingliche Rechtsänderung, gemäß den von den Parteien gewünschten Erfolg vom Gesetzgeber in den §§ 883 ff. BGB anerkannt ist. Dabei ist es unerheblich, daß zu der Bewilligung zur Erreichung des gewünschten Rechtserfolges noch die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch hinzukommen muß. Es ist nicht notwendig, daß die Willenserklärung der einzige Teil des Rechtsgeschäfts ist.³⁾ Das Gesetz kennt viele Rechtsgeschäfte, bei denen neben der Willenserklärung noch ein weiterer Tatbestand erfüllt werden muß, z.B. die Übergabe einer Sache oder die Eintragung in ein Register. Die Bewilligung der Vormerkung fällt auch, wie bereits festgestellt, nicht unter die Vorschrift des § 892 BGB.

1) Bartholomeyczik S.81; Enneccerus-Nipperdey § 58 I; Sauer § 35 I 1.

2) Enneccerus-Nipperdey § 154 II; Lehmann § 24 I.

3) Enneccerus-Nipperdey § 145 II B 2.

Nach § 893 BGB ist erforderlich, daß dieses Rechtsgeschäft zwischen demjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, und einem anderen in Ansehung dieses Rechtes vorgenommen wird. Es fragt sich, ob der Gesetzgeber mit dieser Formulierung den Schutz des § 893 BGB vom Vorliegen eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes abhängig machen und einseitige Rechtsgeschäfte, worunter die Bewilligung der Vormerkung fällt, ausschließen wollte. Wie sich aus der 1. Alternative des § 893 BGB ergibt, sollen aber nicht nur grundsätzlich zweiseitige, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte geschützt werden. Nach dieser Vorschrift gilt die Gutgläubensregelung auch zugunsten dessen, der an einen Buchberechtigten eine Leistung erwirkt. Für eine Anwendung des § 893 BGB 2.Alternative auf einseitige Rechtsgeschäfte spricht außerdem, daß unter die 2. Alternative der Verzicht auf ein eingetragenes Recht und die Kündigung fallen. Es kann aber nicht dem rechtspolitischen Zweck des § 893 BGB entsprechen, diese Fälle auszunehmen. Aufgabe dieser Vorschrift als Auffangtatbestand zu § 892 BGB ist es, den Gutgläubensschutz auf diejenigen Rechtsgeschäfte zwischen redlichen Dritten und Buchberechtigten auszudehnen, die nicht als Erwerbsgeschäfte bereits in § 892 BGB geschützt sind. § 893 BGB 2.Alternative ist demnach dahin auszulegen, daß die Vorschrift auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anzuwenden ist, soweit diese einem anderen gegenüber vorzunehmen sind.¹⁾

Die Bewilligung der Vormerkung stellt eine solche einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung dar. Sie ist dem Begünstigten oder dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben.²⁾ Die Vormerkung wird auch in Ansehung eines eingetragenen Rechts bewilligt, weil sie einen Anspruch auf Übertragung, Belastung oder Aufhebung eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes sichern soll.

Schließlich ist es notwendig, daß die Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung über das Eigentum oder das beschränkt dingliche Recht am Grundstück enthält. Der Begriff der Verfügung ist im Gesetz nicht definiert. Allgemein wird die Verfügung als Rechtsgeschäft ge-

1) Staudinger-Seufert § 893 Bem.6; RGZ 90, 395, 399; BGHZ 1, 294, 304.

2) Erman-Westermann § 885 Anm.2; Soergel-Siebert-Baur § 885 Anm.3a; Staudinger-Seufert § 885 Bem.3.

sehen, welches unmittelbar die Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtes zum Gegenstand hat.¹⁾ Die Verfügung besteht demnach in einer unmittelbaren Einwirkung auf das Recht selbst und verändert dadurch die Zuordnung des Gegenstandes.²⁾ Dabei ist nicht notwendig, daß der Bestand des Rechts geändert wird, sondern lediglich das Verhältnis des Berechtigten zu ihm.

Durch die Eintragung der Vormerkung wird das Grundstückseigentum oder das beschränkte dingliche Recht an einem Grundstück in gewisser Weise in seinem Inhalt verändert. Die freie Verfügungsmacht des Berechtigten über diese Rechte wird durch die Vormerkung beeinträchtigt.

Gemäß § 883 Abs. II BGB sind spätere, dem Vormerkungsrecht entgegenstehende Verfügungen relativ unwirksam. Zwar ist die relative Unwirksamkeit kein Beweis für ein dingliches Recht, der der Vormerkung zugewiesene Schutz geht aber über das hinaus, was die Parteien schuldrechtlich vereinbaren können, um den Anspruch zu sichern, § 137 BGB. Nach § 888 BGB kann der Begünstigte von in der Zwischenzeit eingetragenen Dritten verlangen, daß sie den zur Übertragung des vorgemerkten Rechts auf den Begünstigten erforderlichen Eintragungen und Löschungen zustimmen. Soweit es erforderlich ist, gewährt die Vormerkung dem Begünstigten also einen dinglichen Schutz. In gleicher Weise geschützt ist der Begünstigte im Konkurs, der Zwangsversteigerung und im Falle der Beschränkung der Erbenhaftung, §§ 884 BGB, 24 KO, 48 ZVG.

Die Beeinträchtigung der Verfügungsmacht des Berechtigten, die sich daraus ergibt, daß der durch die Vormerkung Begünstigte bei Erfüllung seines Anspruches alle ihm entgegenstehenden Verfügungen vernichten kann, ist durch eine Veränderung der Zuordnung des dinglichen Rechtes bedingt. Grundsätzlich gehören Recht und Verfügungsberechtigung zusammen. Rechtsgeschäftlich kann keiner seine Verfügungsmacht beschränken (§ 137 BGB), es sei denn durch gleichzeitige Übertragung des Gegenstandes. Die sich aus der Eintragung der Vormerkung ergebende Verfügungsbeschränkung zeigt demnach, daß aufgrund der Vormerkung die Zuordnung des Rechtes bereits geändert ist.

1) Eichler S. 104; Westermann § 3 II.

2) Westermann § 3 II.

Als zuordnungsänderndes Rechtsgeschäft ist die Verfügung vom Bestimmtheits- und Offenkundigkeitsgrundsatz gekennzeichnet.¹⁾ Beiden Grundsätzen entspricht die Vormerkung. Durch den Rang und den Wortlaut der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch ist das Recht, auf welches sich die Vormerkung bezieht, genau bestimmt.

Der Grundsatz der Offenkundigkeit gilt zwar nur bei Zuordnungsänderungen dinglicher Rechte und nicht auf dem Gebiet des Forderungsrechtes. Die Vormerkung, obschon kein dingliches Recht, entspricht aber diesem Grundsatz zumindest im Zeitpunkt der Entstehung, weil zur Begründung der Vormerkung gemäß § 883 Abs.1 BGB die Eintragung im Grundbuch erforderlich ist.

In der Rechtsprechung und Literatur²⁾ ist teilweise der Verfügungscharakter der Vormerkungsbewilligung verneint worden. Die Vertreter dieser Ansicht weisen darauf hin, daß die Begründung des schuldrechtlichen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruchs keine Verfügung darstelle. Die Vormerkung diene aber nur der Sicherung dieses Anspruchs, sie verändere demnach das Verhältnis des Berechtigten zum dinglichen oder beschränkt dinglichen Recht nicht. Eine solche Änderung bleibe der endgültigen Eintragung des vorgemerkten Rechtes vorbehalten. Diese Auffassung läßt jedoch die über die schuldrechtliche Verpflichtung hinausgehende sachenrechtliche Bindung des vorgemerkten Rechts außer Betracht. Es ist aber nicht zulässig daraus, daß die endgültige Zuordnung erst mit der Eintragung des vorgemerkten Rechtes erfolgt, zu schließen, daß die Zuordnung nicht schon durch die Eintragung der Vormerkung geändert werde.

1) Eichler S.104;
Westermann § 3 II 1 und 2.

2) KG v. 7.7.1926 in DNotZ 1927, 97;
Stintzing in Recht 1904, 321 ff.;
Binder in ZfdGHuK 72, 535, 540 f.;
Oberneck § 50, 5 (S.452);
v.Tuhr II 1 S.254 f.

Die Bewilligung der Vormerkung ist also aufgrund der obengenannten Wirkungen der Vormerkung als Verfügung über ein dingliches Recht am Grundstück anzusehen.¹⁾

Abschließend ist noch zu prüfen, ob nach der ratio legis die Anwendung der §§ 893, 892 BGB auf die Vormerkung gerechtfertigt ist. Ausgangspunkt hierzu ist das Verhältnis von § 892 BGB zu § 893 BGB. Die Vorschrift des § 892 BGB ist für Grundbuchgeschäfte, die einen Rechtserwerb herbeiführen sollen, bestimmt, während § 893 BGB als Auffangtarbestand aller schützen soll, was keinen Rechtserwerb vermittelt, also insbesondere Rechtsänderungen und Rechtsuntergang.²⁾ Bei dieser Unterscheidung zwischen § 892 BGB und § 893 BGB ist man geneigt den gutgläubigen Vormerkungserwerb als Fall eines Rechtserwerbs § 892 BGB zuzurechnen und § 893 BGB auszuschneiden und dementsprechend, da wie oben aufgezeigt, ein direkter Erwerb nach § 892 BGB nicht möglich ist, überhaupt den Gutglaubenschutz zu ver-
sagen.³⁾

Wie oben dargelegt wurde, ist der Erwerb der Vormerkung kein Erwerb eines dinglichen Rechts i.S. des BGB, wohl aber wird durch die Vormerkung das vorgemerkte Recht in gewisser Weise in seiner Zuordnung geändert. Es ist deshalb systematisch gerechtfertigt, die Vormerkung nicht unmittelbar nach § 892 BGB zu schützen, sondern ihr als inhaltsändernde Verfügung über ein eingetragenes Recht den Schutz der §§ 893, 892 BGB zuteil werden zu lassen. Aber auch rechtspolitisch ist das Ergebnis gerechtfertigt. Die Vorschriften der §§ 892 ff. BGB sollen den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Grundbuch möglichst umfassend schützen. Dieser Aufgabe kann bei der Bedeutung, die die Vormerkung und insbesondere die Auflassungsvormerkung in der Grundbuchpraxis gewonnen hat, das Gesetz nur gerecht werden, wenn auch der Erwerb einer bewilligten Vormerkung geschützt wird.

1) Baur § 20 III 1 b; Heck § 47 III 10; Strohal S.7; Westermann § 85 IV 3; Wolff-Raiser § 48 IV; RGRK-Pritsch § 883 Anm. 45; Palandt-Hoche § 893 Anm. 3; Soergel-Siebert-Baur § 893 Anm. 4; Staudinger-Seufert § 883 Bem. 56; Zunft in JW 1929, 2497 f.; RGZ 116, 238, 241; 118, 230, 234; 120, 13, 14; 121, 44, 46; KG in JW 1925, 1415; KG in DNotZ 1927, 96; BGHZ 25, 16, 23.

2) Staudinger-Seufert § 893 Bem. 5; Baur § 23 III 1; Wolff-Raiser § 45 I 2.

3) Vgl. Biemann S. 192 f.

In den meisten Fällen kann beim Verkauf eines Grundstückes die Auflassung erst nach einer gewissen Zeit eingetragen werden, weil die Einholung der für die Eigentumsübertragung erforderlichen behördlichen Genehmigungen meistens längere Zeit in Anspruch nimmt. Der Verkäufer ist aber bestrebt, den Kaufpreis sofort zu erhalten. In der Regel wird deshalb vereinbart, daß mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung ein Teil des Kaufpreises zu zahlen ist. In der Praxis wird die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, insbesondere weil das Gesetz eine bedingte Auflassung nicht kennt, § 925 Abs. II BGB, als ausreichende dingliche Sicherung angesehen. Ist der Verkäufer Eigentümer, so ist durch die dingliche Wirkung der Vormerkung der Erwerber in vollem Umfange geschützt, er steht nicht schlechter als bei einer sofortigen Eintragung der Auflassung. Der Schutz der §§ 892 ff. BGE würde unvollkommen bleiben, wenn man zwar denjenigen schützen wollte, der sofort das Eigentum am Grundstück erlangt, denjenigen aber, der nur eine Auflassungsvormerkung erwirbt, die ganze Gefahr tragen läßt, ob er mit einem Nichtberechtigten in Geschäftsbeziehungen getreten ist. Die Interessenlage ist in beiden Fällen die gleiche.

Demnach ergibt sich, daß nach dem Zweck der §§ 892 ff. BGB der gutgläubige Erwerb der Vormerkung in Anwendung der §§ 893, 892 BGB gerechtfertigt ist.

III.

GUTGLÄUBIGER ERWERB DER VORMERKUNG BEI ABTRETUNG DES VORMERKUNGSRECHTS

A.

Wie im Falle des gutgläubigen Ersterwerbs der Vormerkung, so ist es auch im Fall des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung bei Übertragung des Vormerkungsrechts erforderlich, sich den gesamten Übertragungsakt von Forderung und Vormerkung vor Augen zu führen. In unserem Ausgangsfall ¹⁾, der als Beispiel dienen soll ²⁾, ist der Zedent Gläubiger eines wirksamen schuldrechtlichen Anspruches, zu dessen Sicherung eine vom Nichtberechtigten bewilligte, wegen der Bösgläubigkeit des Vormerkungsberechtigten aber nicht wirksam entstandene Vormerkung eingetragen war. Die bestehende schuldrechtliche Forderung tritt der Zedent dem Zessionar gemäß § 398 BGB ab. Fraglich ist, ob der Zessionar, der hinsichtlich der Wirksamkeit der Vormerkung gutgläubig ist, die Vormerkung erwirbt.

Bevor der gutgläubige Erwerb erörtert werden kann, muß zunächst festgestellt werden, wie die Vormerkung übertragen wird. Die Übertragung der Vormerkung ist vom Gesetzgeber nicht geregelt worden. Maßgeblich für die Übertragung der Vormerkung ist das in §§ 883 ff. BGB gekennzeichnete Verhältnis von Vormerkung und Forderung. Dieses Verhältnis besteht in der reinen Sicherung und Stärkung des Anspruchs durch die Vormerkung. Die Vormerkung steht und fällt mit dem zu sichernden Anspruch und kann ohne den Anspruch

1) Siehe oben S.5.

2) In Frage kommen alle Fälle, in denen ein rechtsgültiger Anspruch besteht und eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist, welche nicht materiell wirksam bewilligt oder untergegangen, aber noch nicht gelöscht ist.

nicht bestehen. Da die Vormerkung in ihrem Bestand in streng akzessorischer Weise von der Forderung abhängig ist ¹⁾ und keine rechtliche Selbständigkeit entfalten kann, ist es unmöglich, sie als selbständiges Recht sei es nach Vorschriften des Forderungsrechtes (§ 398 BGB), sei es nach Bestimmungen des Immobilienrechts (873 BGB) zu übertragen. Als akzessorisches Recht kann die Vormerkung nur zusammen mit der persönlichen Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt ist, auf den neuen Gläubiger übergehen.

Zur Übertragung akzessorischer Rechte gibt es im BGB die Vorschrift des § 401 BGB im Schuldrecht und der §§ 1153 f. BGB im Hypothekenrecht.

Nach § 401 BGB gehen mit Abtretung der Forderung die für sie bestehenden Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus einer Bürgschaft auf den Erwerber über. Die Vormerkung wird in § 401 BGB unter den akzessorischen Sicherungsrechten nicht erwähnt. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte ²⁾ dieser Vorschrift ergibt, ist diese Aufzählung nicht abschließend. Der ursprüngliche Entwurf des § 401 BGB (früher § 297) sprach von dem Übergang "der mit der Forderung verbundenen, zur Sicherung derselben dienenden Nebenrechte". Erst im 2. Entwurf entschloß man sich zur jetzigen Aufzählung von Hypothek, Pfandrecht und Rechten aus Bürgschaft, wobei in den Protokollen ausdrücklich betont wurde, daß selbstverständlich die Anwendung des § 401 BGB auf andere Nebenrechte im Wege der Analogie nicht ausgeschlossen sei. Da die Vormerkung zu der von ihr gesicherten Forderung in demselben akzessorischen Verhältnis steht wie die Hypothek, Pfandrecht und Bürgschaft und § 401 BGB die Übertragung von dinglichen und auch schuldrechtlichen Sicherungsrechten regelt, bestehen gegen eine Anwendung dieser Vorschrift auf die Vormerkung, die systematisch eine Zwitterstellung zwischen Forderung und dinglichem Recht einnimmt, keine Bedenken.

Als zweite Vorschrift für die Übertragung eines akzessorischen Rechtes kennt das BGB die §§ 1153 f. BGB für Hypotheken und Grundschulden. Die §§ 1153 f. BGB sind neben

1) Baur § 20 I 3; Westermann § 84 V 1; Eichler II 2 (S.403).

2) Vgl. Prot. I S.386.

§ 401 BGB als Spezialvorschriften für die Übertragung von Grundpfandrechten anzusehen. Grundsätzlich ist zwar eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen nicht ausgeschlossen. Es fragt sich aber, ob diese Vorschriften auf die Vormerkung angewandt werden können.

Im Gegensatz zu § 401 BGB regeln die §§ 1153 f. BGB die Übertragung ausschließlich dinglicher Sicherungsrechte. Die Vormerkung ist jedoch kein dingliches Recht. Es ist deshalb schon aus diesem Grund fraglich, ob eine analoge Anwendung der §§ 1153 f. BGB auf die Vormerkung möglich ist. Als Vorschrift zur Übertragung auch schuldrechtlicher Sicherungsrechte wäre § 401 BGB vor einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften der Hypothekenübertragung der Vorzug zu geben.

Zudem unterscheiden sich die Vorschriften §§ 1153 f. BGB und § 401 BGB in zwei wesentlichen Punkten. Neben der in beiden Bestimmungen normierten Abhängigkeit des Sicherungsrechtes von der Forderung ist in § 1153 Abs. II BGB zusätzlich bestimmt, daß auch die Forderung nicht ohne das Sicherungsrecht übertragen werden darf. Außerdem ist im Unterschied zu § 401 BGB, der eine formlose Abtretung von Forderung und Sicherungsrecht vorsieht, bei Übertragung der Hypothek die sachenrechtliche Formstrenge, also grundsätzlich Einigung und Eintragung im Grundbuch (§§ 1154 Abs. III, 873 BGB) angeordnet. Diese beiden Abweichungen von § 401 BGB, auf die später im einzelnen noch einzugehen ist, müssen im Zusammenhang gesehen werden. Einerseits kann die sachenrechtliche Formstrenge nur dann der Forderung aufgezwungen werden, wenn die Forderung nicht ohne das dingliche Sicherungsrecht übertragen werden darf, andererseits ist die Formstrenge wesentlicher Bestandteil des Sachenrechts und insbesondere des Grundbuchs und mußte deshalb bei der Übertragung der Grundpfandrechte gewahrt werden. Die Vormerkung soll im Gegensatz zu den auf eine gewisse Dauer bestellten Grundpfandrechten eine zur Erfüllung bestimmte Forderung sichern. Sie stellt deshalb selbst nur eine vorübergehende Erscheinung dar. Wollte man sie den sachenrechtlichen Übertragungsvorschriften unterordnen, würde sie in ihrem Charakter nicht unwesentlich verändert werden. Mit der Abhängigkeit von sachenrechtlichen Vorschriften würde zugleich die Eintragung im Grundbuch einer eingehenderen Prüfung unterzogen werden müssen. Die Vormerkung würde aber dadurch unbeweglicher werden und könnte nicht mehr ähnlich wie der Widerspruch ohne größere Prüfung und damit ohne spürbaren Zeitverlust eingetragen werden. Ein solches

Ergebnis ist von dem Gesetzgeber gerade nicht beabsichtigt worden. Die Vorschrift des § 885 Abs. I BGB zeigt, daß schon bei der Begründung der Vormerkung nicht Einigung und Eintragung entsprechend den allgemeinen Vorschriften des § 873 BGB erforderlich sein sollen, sondern die einseitige Bewilligung und die Eintragung ausreichen.

Auch aus diesen Gründen ist deshalb eine entsprechende Anwendung der Vorschriften § 1153 f. BGB auf die Vormerkung nicht möglich.

Als Übertragungsvorschrift bleibt demnach nur die Bestimmung des § 401 BGB bestehen. Die Vormerkung wird also durch Abtretung der Forderung, für welche sie bestellt ist, übertragen.¹⁾

B.

Gemäß § 892 BGB ist Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb, daß das Recht, welches den Schutz des guten Glaubens genießt, rechtsgeschäftlich erworben wird. Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb der Vormerkung bei der Übertragung des Vormerkungsrechts ist demnach zunächst, daß der Erwerb der Vormerkung rechtsgeschäftlich erfolgt.²⁾

Nach der Terminologie ist rechtsgeschäftlich ein Erwerb, der durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragsparteien herbeigeführt wird. Dagegen ist unter einem Erwerb kraft Gesetzes eine Rechtsübertragung zu verstehen, die unmittelbar an die Erfüllung

1) unbestr. vgl. RGZ 143, 331, 333; BGHZ 25, 16, 23; Baur § 20 V 1; Heck § 57 III 9 (S. 201); Westermann § 84 V 1; Wolff-Raiser § 48 V; Palandt-Hoche § 883 Anm. 2b; Staudinger-Seufert § 883 Bem. 70; RGRK-Pritsch § 883 Anm. 42; Medicus in AcP 163, 1, 8; Reinicke NJW 1964, 2373, 2376; Mayer NJW 1963, 2263.

Die Aufsätze von Medicus und Mayer sind erst nach Abschluß der Arbeit erschienen und konnten nur noch kurz in den Anmerkungen berücksichtigt werden.

2) Auf dieses Erfordernis weist mit Recht Baur in JZ 1957, 627, 629 bei der Besprechung der BGH-Entscheidung hin.

eines gesetzlichen Tatbestandes anknüpft, ohne daß es eines besonderen Übertragungsaktes der Beteiligten bedarf.¹⁾ Die Formulierung des § 401 BGB, welcher, wie aufgezeigt, für den Erwerb der Vormerkung bei Abtretung des Vormerkungsrechtes maßgeblich ist, lautet: "Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Pfandrechte, die für sie bestehen, auf den neuen Gläubiger über".

Danach ist der Übergang des akzessorischen Rechts in § 401 BGB an die Voraussetzung der Abtretung des gesicherten Anspruches, also an die Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes geknüpft. Besonderer Willenserklärungen von Zedenten und Zessionar zur Übertragung der Vormerkung bedarf es nicht; sie wären unbeachtlich. Das akzessorische Recht geht auf den Zessionar über, selbst wenn weder Zedent noch Zessionar von dem Bestehen eines solchen Rechtes Kenntnis haben.²⁾ Daraus ergibt sich, daß grundsätzlich der Erwerb des akzessorischen Sicherungsrechtes nach § 401 BGB nicht als rechtsgeschäftlicher, sondern als Erwerb kraft Gesetzes anzusehen ist.

Wie jeder Rechtssatz ist aber auch der Akzessorietätsgrundsatz limitiert. Das Akzessorietätsprinzip, das dazu führt, den Erwerb des Sicherungsrechtes in § 401 BGB als Erwerb kraft Gesetzes anzusehen, spricht deshalb nur dann entscheidend gegen den Gutgläubenschutz beim Sicherungsrecht, sofern nicht andere Normen und Wertungen des Gesetzgebers Anhaltspunkte dafür ergeben, den Erwerb des Sicherungsrechtes als rechtsgeschäftlichen anzusehen.

Um festzustellen, ob die Vormerkung als rechtsgeschäftlich übertragen zu behandeln ist und folglich gutgläubig erworben werden kann, ist es zweckmäßig, die in § 401 BGB aufgeführten Sicherungsrechte, Hypothek und Pfandrecht daraufhin zu untersuchen, inwieweit der Gesetzgeber bei ihnen einen gutgläubigen Erwerb zugelassen hat.

1) Vgl. RGRK-Löscher § 412 Anm.1; Palandt-Danckelmann § 412 Anm.1; Staudinger-Werner § 412 Anm.1; Erman-Westermann § 412 Anm.1; RGZ 130, 237, 239.

2) Vgl. RG in LZ 1917, 320.

1. Als erstes akzessorisches Nebenrecht einer Forderung ist in § 401 BGB die Hypothek aufgeführt. Für die Übertragung der Hypothek gelten neben der allgemeinen Vorschrift des § 401 BGB die Sonderbestimmungen der §§ 1153 f. BGB. § 1153 Abs. I BGB entspricht in seinem Wortlaut der allgemeinen Vorschrift des § 401 BGB. Unterschiede bestehen zwischen den beiden Vorschriften nur insoweit, als die Übertragung des Sicherungsrechtes nach § 1154 BGB sachenrechtlichen Grundsätzen folgt und § 1153 Abs. II BGB die Zusammengehörigkeit von Forderung und Hypothek für die Übertragung zwingend vorschreibt. Bei Übertragung der Hypothek hat der Gesetzgeber unzweifelhaft einen gutgläubigen Erwerb der Hypothek vorgesehen, wie sich aus den §§ 1137 f. und 1155 ff. BGB ergibt. Der gutgläubige Erwerb der Hypothek setzt jedoch voraus, daß das hypothekarische Sicherungsrecht in Einschränkung des Akzessorietätsprinzips rechtsgeschäftlich erworben wird.

Es fragt sich, welche Gesichtspunkte dafür maßgeblich sind, daß der Erwerb der Hypothek grundsätzlich als rechtsgeschäftlicher Erwerb anzusehen ist.

Aus dem mit der Vorschrift des § 401 BGB übereinstimmenden Wortlaut des § 1153 Abs. I BGB schließt die h.L.¹⁾, daß die Hypothek entsprechend dem Akzessorietätsprinzip als "Anhängsel" der Forderung zu betrachten ist und entsprechend durch die Abtretung der Forderung auf den neuen Gläubiger übertragen wird. Eine befriedigende Erklärung für den gutgläubigen und damit auch rechtsgeschäftlichen Erwerb der Hypothek vermag diese Auffassung aber nicht zu geben.

Heck, Küchler und von Lübtow²⁾ haben unter Ablehnung des Akzessorietätsprinzips das sich aus den Vorschriften des Hypothekenrechts, insbesondere auch aus § 1153 Abs. II

1) Vgl. Baur § 38 I 2; Westermann § 104 II 1; Wolff-Raiser § 136 II; RGRK-Schuster § 1153 Anm. 1; Soergel-Siebert-Baur § 1153 Anm. 1; Staudinger-Scherübl § 1154 Bem. 1; Wieacker § 27 I 1 a (S. 212); Eichler II 2, 2. Kap. 2. Abschn. B IV 1 b (S. 475).

2) Vgl. Heck § 78; Küchler S. 31 ff.; v. Lübtow S. 347

BGB ergebende Verhältnis von Forderung und Hypothek als Zweckgemeinschaft zu erklären, versucht. Danach stehen Forderung und Hypothek gleichberechtigt nebeneinander und werden als zwei gleichberechtigte, aber zusammengehörige Rechte übertragen. Diese Ansicht kann zwar den gutgläubigen Erwerb ohne Schwierigkeiten erklären, weil das Sicherungsrecht in diesem Falle eindeutig rechtsgeschäftlich übertragen wird. De lege lata ist diese Auffassung aber wohl nicht zu vertreten. Der Wortlaut des § 1153 Abs. I BGB spricht eindeutig davon, daß die Forderung abgetreten wird und die Hypothek mit Abtretung der Forderung auf den Erwerber übergeht. Dieses Ergebnis wird durch § 1154 BGB noch dadurch präzisiert, daß die Abtretung der Forderung formbedürftig gemacht wird.

Nach Kober ¹⁾ hat der Gesetzgeber in §§ 1153 f. BGB irrtümlich nur von der Forderung gesprochen. Richtiger sei es von Hypothekenforderung oder Anspruch aus der Hypothek zu sprechen. Aus § 1153 Abs. II BGB sei zu folgern, daß bei der Hypothek Forderung und Sicherungsrecht als ein einheitliches Recht anzusehen seien. Auch diese Auffassung ist de lege lata nicht zu vertreten. Zwar sollen Forderung und Hypothek grundsätzlich verbunden bleiben, als maßgebliches Recht hat der Gesetzgeber aber die Forderung angesehen. Wollte man die Formulierung der §§ 1153 Abs. I und 1154 BGB für unrichtig ansehen, so bleibt immer noch § 1138 BGB, den die Auffassung Kobers nicht begründen kann. Wenn Forderung und Hypothek ein einheitliches Recht darstellen, ist die Fingierung der Forderung für die Übertragung der sog. "forderungsentkleideten Hypothek" nicht notwendig.

Die zutreffende, auch den gutgläubigen Erwerb der Hypothek erklärende Auffassung liegt in der Mitte zwischen den zuvor dargestellten Ansichten. Es ist nach dem Wortlaut der §§ 1153 f. BGB davon auszugehen, daß rechtlich die Forderung übertragen wird. Daneben darf die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden. Diese enge Verbindung beider Rechte hat mehrere Gründe.

Zunächst ist es, wie bereits erwähnt, nur dann möglich der Forderung die sachenrechtliche Formstrenge aufzuzwingen, wenn auch die Forderung nicht mehr ohne die Hypothek über-

1) Staudinger-Kober § 1154 Anm. 1 BGB.

tragen werden darf. Die Übertragung der Hypothek mußte aber im Grundbuch verlaublich werden, wollte man nicht das System des Grundbuchs und den öffentlichen Glauben im Grundbuch aufgeben.

Daneben gilt, daß wirtschaftlich gesehen die Hypothek eindeutig die Forderung beherrscht. Dem Nicht-Juristen ist die geltende Vorstellung von der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung nicht verständlich. In der Praxis wird meistens von der Übertragung der Hypothek, nicht von der Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung gesprochen.¹⁾ Auch aus diesem wirtschaftlichen Grund ist die Anwendung von sachenrechtlichen Vorschriften bei der Übertragung von Forderung und Hypothek gerechtfertigt.²⁾

Wenn der Gesetzgeber aus dem wirtschaftlichen Übergewicht der Hypothek gegenüber der Forderung keine Folgerungen für eine Konstruktion, welche der Hypothek die beherrschende Aufgabe zuwies, gezogen hat, so ausschließlich aus dem Grunde, weil logisch-systematisch der Forderung der Vorrang vor dem Sicherungsrecht gebührt. Grundsätzlich kann zwar eine Forderung ohne das sie stärkende Sicherungsrecht, nicht aber das Sicherungsrecht ohne die zu sichernde Forderung bestehen. Es ergibt sich daraus aber nicht, daß der Gesetzgeber in § 1153 BGB nicht einen rechtsgeschäftlichen Erwerb der Hypothek vorgesehen hätte. Gerade aus § 1153 Abs. II BGB ist zu entnehmen, daß bei der engen beiderseitigen Verbindung von Forderung und Hypothek die Abhängigkeit des einen von dem anderen Recht gleich groß ist. Der rechtsgeschäftliche Erwerber weiß, daß er immer nur beide Rechte, sowohl Forderung als auch Hypothek, erwerben kann. Wenn sein Wille sich nur auf eines dieser Rechte erstreckt, das andere aber ausschließt, so ist die Übertragung unwirksam und er erwirbt keines der beiden Rechte. Demnach ist davon auszugehen, daß aufgrund der beiderseitigen engen Verbindung von Forderung und Hypothek die Akzessorietät so stark eingeschränkt ist, daß bei Übertragung von Forderung und Hypothek, sowohl der Erwerb der Forderung als auch der Erwerb der Hypothek als rechtsgeschäftlicher Erwerb anzusehen ist.³⁾

1) RG in JW 1938, 44; Wolff-Raiser § 136 Fußn. 6; Staudinger-Schertübl § 1154 Bem. 1.

2) Wolff-Raiser § 136 II 2; Medicus in AcP 163, 9; Reinicke in NJW 1964, 2377.

3) Mit vergleichbarer Begründung auch Reinicke in NJW 1964, 2373, 2376, der den rechtsgeschäftlichen Erwerb wegen der Prädominanz der Hypothek über die Forderung als gegeben erachtet.

Dem widerspricht nicht, daß in §§ 1153 f. BGB nur von der Abtretung der Forderung gesprochen wird. Aus der rechtlichen Gleichstellung von Forderung und Hypothek ergibt sich weder zwingend, daß bei der Übertragung beide zu einem Recht zusammenzufassen sind, noch daß zwei gleichberechtigte und selbständige Rechte übertragen werden müssen. Der Gesetzgeber konnte durchaus eines der beiden Rechte als für die Übertragung bestimmend auserwählen, ohne dabei die Gleichberechtigung der Hypothek antasten zu müssen.

Nach dieser Auffassung läßt sich nicht nur der rechtsgeschäftliche Erwerb der Hypothek erklären, sondern auch die Vorschrift des § 1138 BGB. Wenn für die Übertragung der beiden gleichberechtigten Rechte Forderung und Hypothek die Forderung bestimmend ist, so muß, wenn sie untergegangen ist, für die Übertragung der Hypothek ihr Bestehen fin-
giert werden.

2. Als weiteres akzessorisches Recht wird in § 401 BGB das Pfandrecht genannt. Die Übertragung des Pfandrechts ist in § 1250 BGB geregelt. Der Wortlaut des § 1250 Abs. I S. 1 BGB entspricht demjenigen des § 401 BGB. Die Problematik ist ähnlich derjenigen der Hypothek.

Bei der Hypothek ergab sich aus dem engen Zusammenhang von Forderung und Sicherungsrecht, daß in Einschränkung des Akzessorietätsprinzips bei Abtretung der Forderung auch die Hypothek als rechtsgeschäftlich übertragen angesehen werden mußte. Eine Vorschrift, die derjenigen des § 1153 Abs. II BGB entspricht, kennt aber das Pfandrecht nicht. Nach § 1250 Abs. II BGB kann im Gegensatz zu der entsprechenden Regelung bei der Hypothek die Übertragung des Pfandrechts bei Abtretung der Forderung ausgeschlossen werden. In diesem Falle erlischt das Pfandrecht. Daraus ergibt sich, daß grundsätzlich eine enge gegenseitige Verbindung von Forderung und Pfandrecht nicht besteht und das Pfandrecht kraft Gesetzes auf den Erwerber übergeht. Damit entfällt zugleich die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs.¹⁾

1) Vgl. Baur § 55 B V 3; Wolff-Raiser § 170 II 1 und Fußn. 4; RGRK-Kregel § 1250 Anm. Erman-Ronke § 1250 Anm. 1; Palandt-Hoche § 1250 Anm. 1; Soergel-Siebert-Augustin § 1250 Bem. 5; Staudinger-Kober § 1250 Anm. 1 c; Medicus in AcP 163, 10 f.

Es fragt sich jedoch, ob im Einzelfall nicht ein dem Hypothekenrecht vergleichbarer enger gegenseitiger Zusammenhang zwischen Forderung und Pfandrecht bestehen kann und ob dann nicht Folgerungen für einen rechtsgeschäftlichen und damit gutgläubigen Erwerb des Pfandrechts zu ziehen sind.

Aus dem Fehlen einer dem § 1153 Abs. II BGB entsprechenden Vorschrift beim Pfandrecht kann man nur entnehmen, daß nicht grundsätzlich ein enges auf gegenseitiger Abhängigkeit beruhendes Verhältnis zwischen Forderung und Pfandrecht hergestellt werden sollte. Eine solche Ausgestaltung des Pfandrechts war auch nicht erforderlich gewesen, weil weder der Gesetzgeber ein isoliertes Pfandrecht schaffen wollte ¹⁾ noch aus Publizitätsgründen eine Übertragung von sachenrechtlichen Vorschriften auf die Abtretung der durch ein Pfandrecht gesicherten Forderung notwendig war. Das waren aber die Gründe, die bei der Hypothek zur Vorschrift des § 1153 Abs. II BGB geführt haben.

Es lassen sich aber durchaus Einzelfälle vorstellen, in denen das Pfandrecht als das wirtschaftlich stärkere Recht die Forderung beherrscht. Daß auch der Gesetzgeber die Vorstellung gehabt hat, daß dem Pfandrecht eine stärkere Stellung als der persönlichen Forderung zukommt, ergibt sich aus § 1218 Abs. I BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Pfandgläubiger ein Pfand, welches verdirbt oder sich in seinem Werte mindert, dem Schuldner zurückgeben und anderweitige Sicherungsleistung verlangen. Dabei ist die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Auch rechtspolitisch erscheint es nicht gerechtfertigt, das Abhängigkeitsverhältnis von Forderung und Pfandrecht in allen Fällen als im gleichen Umfange akzessorisch anzusehen. Tritt ein Pfandgläubiger eine Forderung ab, ohne daß der Zedent vom Bestehen des Pfandrechts Kenntnis hat, so muß der Sachverhalt anders beurteilt werden, als wenn der Zedent sich unter Übergabe des Pfandes Forderung und Pfandrecht übertragen läßt. Das wirtschaftliche Übergewicht des Pfandrechts wird insbesondere dann deutlich, wenn eine durch ein Pfandrecht gesicherte Konkursforderung oder im Zwangsvergleich herabgesetzte Forderung

1) BGHZ 23, 293, 299 f.

übertragen wird. In diesen Fällen und insbesondere dann, wenn das Pfand gleichzeitig übergeben wird, ist aufgrund der größeren wirtschaftlichen Bedeutung des Pfandrechts gegenüber der Forderung bei Abtretung der Forderung auch der Erwerb des Pfandrechts als rechtsgeschäftlicher Erwerb anzusehen.

Entsprechend der oben vertretenen Auffassung wollen Heck und Westermann ¹⁾ einen gutgläubigen Erwerb des Pfandrechts in dem Fall bejahen, wenn das Pfand übergeben wird. Westermann weist darauf hin, daß in einem solchen Falle alle Voraussetzungen eines gutgläubigen Mobiliarerwerbs gegeben seien: veranlaßter Rechtsschein durch die Verpfändung, guter Glaube des Erwerbers, der eine besitzrechtliche Beziehung zur Sache begründet, und Verkehrsschutzbedürfnis. ^{2) 3)}

Der Vergleich von Hypothek und Pfandrecht hat gezeigt, daß die Akzessorietät einem gutgläubigen Erwerb des Sicherungsrechtes nicht entgegenzustehen braucht, wenn aufgrund der größeren wirtschaftlichen Bedeutung des Sicherungsrechtes gegenüber der Forderung eine gleichgroße gegenseitige Abhängigkeit beider Rechte voneinander besteht.

Für die Vormerkung bedeutet diese Feststellung, daß § 401 BGB und der dort normierte grundsätzlich gesetzliche Erwerb des Sicherungsrechtes dem gutgläubigen Erwerb der Vormerkung nicht entgegenzustehen braucht, wenn im Einzelfalle auf Grund der größeren wirtschaftlichen Bedeutung der Vormerkung eine enge gegenseitige Verbindung von For-

-
- 1) Vgl. Heck § 105 V (S.429); Westermann § 132 I b; zustimmend de lege ferenda Staudinger-Kober Vorbem.1 zu § 1204.
 - 2) a.A. Reinicke in NJW 1964, 2376 f., der mit der h.L.s.o. S.38 Fußn.1 aufgrund der Akzessorität den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Pfandrechts verneint, aber auch keine Möglichkeit sieht, die Normen der §§ 932 ff. BGB auf das Pfandrecht anzuwenden. Vgl. auch Medicus in AcP 163, 10 f.
 - 3) Vgl. auch Gadow Jb.AkDR 1938, 125, der den gutgläubigen Pfandrechtserwerb nicht wegen des Akzessorietätsdogmas, sondern wegen Fehlen besonderer Gutgläubensvorschriften versagt.

derung und Vormerkung besteht. Eine solche enge Verbindung beider Rechte könnte man dann annehmen, wenn die Abtretung der Forderung insbesondere auch wegen der Vormerkung erfolgt und die Abtretung im Grundbuch eingetragen wird.

C.

Eine direkte Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung ist, wie oben aufgezeigt, nicht möglich. In Betracht kommt nur eine analoge Anwendung des § 892 BGB. Bei der Abtretung des Vormerkungsrechts besteht keine Möglichkeit wie bei der Begründung der Vormerkung über die §§ 893, 892 BGB zu einem gutgläubigen Erwerb zu kommen, weil die Abtretung der Forderung keine Verfügung über das Eigentum am Grundstück oder ein beschränkt dingliches Recht, sondern ausschließlich eine Verfügung über das Vormerkungsrecht selbst darstellt. Es handelt sich demnach hier um einen vom Gesetzgeber nicht geregelten Fall, der auch nicht durch die Anwendung anderer Normen zu lösen ist. Demnach sind die Voraussetzungen für die Prüfung einer Analogie gegeben.¹⁾

Als erster Schritt für eine analoge Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung bedarf es der Gewinnung eines analogen Obersatzes.²⁾ Dieser analoge Obersatz muß die tragenden Prinzipien der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 892 BGB umfassen. Dabei ist zu beachten, daß der analoge Obersatz kein Rechtssatz zu sein braucht. Er ist nur methodisches Hilfsmittel bei der Durchführung des Analogieschlusses.³⁾

§ 892 BGB knüpft die Rechtsfolge des gutgläubigen Erwerbs an 3 Voraussetzungen:

1. Der Erwerb muß rechtsgeschäftlich sein.
2. Es muß sich um den Erwerb eines dinglichen Rechts handeln.
3. Dieses dingliche oder beschränkt dingliche Recht muß ein im Grundbuch eingetragenes oder eintragbares Recht sein.

1) Vgl. Bartholomeyczik S.81 f.; Enneccerus-Nipperdey I 1 § 58 I 2a; Engisch S.134 ff.

2) Bartholomeyczik S.83.

3) Bartholomeyczik S.84; Lehmann § 8 III 2 (S.57).

Wie oben dargelegt wurde, kann die Vormerkung mit gewissen Einschränkungen auch bei Abtretung des Vormerkungsrechtes rechtsgeschäftlich erworben werden. Demnach entspricht die Vormerkung in diesen Fällen dem Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Erwerbs in § 892 BGB.

Als nicht-dingliches aber im Grundbuch eintragbares Rechtsinstitut entspricht die Vormerkung auch dem Grundsatz, daß § 892 BGB nur liegenschaftsrechtliche Rechte schützen will.

Entscheidend für eine analoge Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung ist demnach ausschließlich, ob die Beschränkung des gutgläubigen Erwerbs auf die dinglichen Rechte i. S. des Bürgerlichen Gesetzes als endgültiges rechtspolitisches Prinzip angesehen werden muß. Ergibt sich, daß der Kreis der dinglichen Rechte im BGB zu eng gefaßt ist, so besteht die Möglichkeit eine analoge Anwendung des § 892 BGB auf andere als beschränkt dingliche Rechte für zulässig zu erklären, sofern jene Rechte einen überwiegend dinglichen Charakter haben.

Ausgangspunkt für diese Frage ist die Abgrenzung von Schuld- und Sachenrechten. Die Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches sind weniger durch eine vom Naturrecht her beeinflusste Auffassung vom Charakter des dinglichen Rechts normiert worden als durch eine historische Entwicklung, die vom Pandektenrecht beeinflusst ist. Die Geschlossenheit der dinglichen Rechte beruht deshalb weniger auf einer einheitlichen systematischen Vorstellung als auf einer mehr gewillkürten Auffassung einer gesellschaftlichen Ordnung, die zur Zeit der Kodifizierung des Bürgerlichen Rechts bereits weiter fortgeschritten war.

Die Geschlossenheit der dinglichen Rechte und die Auffassung von der Dinglichkeit ist in der neueren Zeit heftigen Angriffen ausgesetzt gewesen. Namhafte Rechtslehrer wie Wieacker, Dulckeit und Westermann¹⁾ haben versucht, einen neuen Begriff der Dinglich-

1) Wieacker in DRWiss. Bd. 6, S. 57; Dulckeit: Verdinglichung obligatorischer Rechte; Westermann § 2, der das Wesen der Dinglichkeit in der Güterordnung sieht, welche auch bei nichtdinglichen Rechten i. S. des BGB vorhanden ist.

keit zu geben. Aber auch die h.M., die an der Geschlossenheit ¹⁾ der dinglichen Rechte mit Recht festhält, verkennt nicht, daß die praktische Handhabung nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führt. Raiser sagt ausdrücklich, daß dort korrigierend eingegriffen werden muß, wo das System des "numerus clausus" zu unangemessenen Ergebnissen führt. Die Geschlossenheit der dinglichen Rechte ist andererseits für das Rechtsleben von großer praktischer Bedeutung, was nicht unterschätzt werden darf. Die Rechtssicherheit und damit auch der rechtsgeschäftliche Verkehr zwischen den Rechtssubjekten beruht insbesondere auf der Tatsache, daß die dinglichen Rechte durch ihre inhaltliche Festlegung allgemein zu beachtende und durch die Rechtsordnung besonders geschützte Rechte darstellen.

Der "numerus clausus" der dinglichen Rechte wird heute von der h.M. ²⁾ als Verbot der Schaffung neuer Sachenrechte im Wege der Parteiautonomie verstanden. Allgemein bejaht wird aber, daß durch Gesetz, Gewohnheit oder Richterrecht neue Sachenrechte anerkannt werden können. So ist zu erwarten, daß die dingliche Anwartschaft in den Kreis der dinglichen Rechte aufgenommen werden wird. ³⁾ Der Aufnahme eines neuen dinglichen Rechtes geht aber immer die Erstreckung der auf dingliche Rechte anwendbaren Rechtsnormen voraus. So wird auch für das dingliche Anwartschaftsrecht schon heute die Anwendung der Gutgläubensvorschriften der §§ 932 ff. BGB befürwortet. ⁴⁾ Maßgeblich für die Anwendung der §§ 932 ff. BGB auf das Anwartschaftsrecht ist, daß der Inhalt des dinglichen Anwartschaftsrechts - es geht ja auf den Erwerb eines dinglichen Rechts - festliegt und der Parteiautonomie entzogen ist.

Bei der Vormerkung kann eine ähnliche Feststellung getroffen werden. Die Vormerkung sichert nur Ansprüche, die zu den in § 883 BGB näher gekennzeichneten dinglichen Rechtsänderungen führen. Der Inhalt des Vormerkungsrechts kann ebenso wenig wie das dingliche

1) Wolff-Raiser § 1 I 4.

2) Wolff-Raiser § 2 II 1; Westermann § 3 III; Wieacker § 12 III (S.111 f.); Staudinger-Seufert Einl. vor § 854 Bem.12; RGZ 154, 161, 164.

3) Vgl. Raiser, Dingliche Anwartschaften, insbesondere S.45 ff.

4) Vgl. Raiser § 36 ff. mit Nachweisen über den Stand der Meinungen.

Anwartschaftsrecht durch Parteiautonomie verändert werden. In beiden Fällen werden inhaltlich sowohl das Vormerkungsrecht als auch das dingliche Anwartschaftsrecht durch die späteren dinglichen Rechte, deren Entstehung sie in die Wege leiten, bestimmt.

Der Vergleich mit den dinglichen Anwartschaftsrechten reicht aber nicht aus, um einen analogen Obersatz aufzuzeigen, unter welchem auch die Vormerkung untergeordnet werden kann. Die Anwendung von Gutgläubensschutznormen auf dingliche Anwartschaften kann nicht als Indiz dafür angesehen werden, daß der gutgläubige Erwerb auch auf nicht-dingliche Rechte ausgedehnt werden kann, weil es sich bei der Anwartschaft um ein Recht handelt, welches sich in der Entwicklung auf ein echtes dingliches Recht hinbewegt. Die Vormerkung dagegen ist, wie oben bei der Erörterung der Dinglichkeitstheorien über die Vormerkung gezeigt wurde, zwar einem dinglichen Recht stark angenähert, weist aber Eigenschaften auf, welche sie eindeutig von einem dinglichen Recht i. S. des Bürgerlichen Gesetzbuches unterscheidet. Eine Entwicklung zu einem eigenständigen dinglichen Recht ist bei der Vormerkung ebensowenig zu erwarten wie zu einer dinglichen Anwartschaft, weil die Vormerkung ausschließlich die Forderung sichert, nicht aber wie das Anwartschaftsrecht fast übergangslos zum Vollrecht erstarken kann.

Ein analoger Obersatz, der auch die Vormerkung mit umfassen würde, müßte demnach neben dinglichen Rechten i. S. des Bürgerlichen Gesetzbuches auch Rechte umfassen, die zwar mit dinglichen Wirkungen versehen, aber dennoch eindeutig ihrem Wesen nach nicht dinglich sind. Vor der Erörterung, welche Anforderungen an derartige Rechte zu stellen sind, steht die Frage, ob das Bürgerliche Recht nicht grundsätzlich mit der Beschränkung des gutgläubigen Erwerbs auf dingliche Rechte eine ausdehnende Anwendung des § 892 BGB auf andere Rechte, die dinglichen Rechten stark angenähert sind, ausgeschlossen hat.¹⁾

Zwar kennt das BGB in den §§ 405 und 2366 BGB auch einen gutgläubigen Erwerb eines Anspruches. Es handelt sich aber bei diesen Bestimmungen um Ausnahmenvorschriften, wie

1) Der Gegenteilschluß (argumentum e contrario) geht logisch dem Analogieschluß voraus. Bartholomeyczik S. 92; vgl. auch Sauer § 38 II 1 c (S. 309), Bovensiepen in HdbRW I S. 135.

oben ¹⁾ aufgezeigt wurde. Mehr als ein Indiz gegen das argumentum e contrario können diese Vorschriften deshalb nicht geben.

Das dingliche Recht ist vom Gesetzgeber im Gegensatz zum Forderungsrecht verstanden worden. Dieses ergibt sich insbesondere daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn man von den von ihm beeinflussten Rechtskreisen absieht, als einzige Rechtsordnung dem schuldrechtlichen Vertrag in §§ 873 und 929 BGB einen dinglichen Vertrag gegenübergesetzt hat. Unter Berücksichtigung dieses Gegensatzes ist die Beschränkung des gutgläubigen Erwerbs auf dingliche Rechte als grundsätzliches Verbot eines gutgläubigen Forderungserwerbs aufzufassen. Nicht zugleich ist damit aber bestimmt, daß dem gutgläubigen Erwerb Rechte nicht zugeordnet werden können, die ihrer Natur nach dem Berechtigten mehr dingliche als schuldrechtliche Ansprüche gewähren, wie Anwartschaftsrechte oder vorgemerkte Rechte. Somit darf festgestellt werden, daß einer ausdehnenden Anwendung des § 892 BGB keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen.

Schwieriger gestaltet sich die Frage, welche Anforderungen an diese fast-dinglichen Rechte zu stellen sind, die dem Prinzip des gutgläubigen Erwerbs untergeordnet werden sollen. Wie weit der analoge Obersatz zu fassen ist, heißt die Grenzen der Zulässigkeit der Analogie abstecken. ²⁾ Zunächst wird man entsprechend dem oben Gesagten von dem Recht, auf welches § 892 BGB analog angewendet werden soll, fordern müssen, daß es in seinen wesentlichen Wirkungen dem eines dinglichen Rechtes entspricht, zu mindest aber, daß es dem Berechtigten einen dem dinglichen Rechte entsprechenden, vom Willen des Schuldners unabhängigen, Schutz gewährt.

Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Anwendung des öffentlichen Glaubens an bestimmte Voraussetzungen und Eigenschaften des dinglichen Rechts anknüpft. Die Voraussetzungen

1) siehe oben S.11 ff.

2) Ein Kriterium für die Zulässigkeit des analogen Obersatzes, auch Ähnlichkeitskreis genannt, besteht neben dem teleologischen Kriterium auch nach der neueren Logik nicht, vergl. Klug S.9 und insbesondere § 9 f.; Esser S.231 ff. und S.252 ff.; Sauer § 38 I 3 f. (S.307).

z.B. Eintragbarkeit des Rechts im Grundbuch, müssen ebenfalls bei dem Recht vorhanden sein, welches § 892 BGB untergeordnet werden soll.

- a) Demnach ist zunächst erforderlich, daß die Vormerkung in ihren wesentlichen Wirkungen denen eines dinglichen Rechtes entspricht.

1) Gemäß § 883 Abs. II BGB ist das vorgemerkte Recht durch die relative Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen geschützt. Dieser Schutz entspricht zwar nicht demjenigen dinglicher Rechte. Der Vormerkungsschutz gewährleistet aber in vollem Umfang die Durchsetzung des persönlichen Anspruchs. Aufgrund des § 883 Abs. II BGB braucht der Begünstigte bei Erfüllung seiner Forderung vormerkungswidrige Verfügungen des Anspruchsschuldners oder im Wege der Einzelzwangsvollstreckung vormerkungswidrig eingetragene Belastungen nicht gegen sich gelten zu lassen. Derartige Verfügungen sind dem Begünstigten gegenüber unwirksam. Ein absoluter dinglicher Schutz der Vormerkung ist zur Wahrung der Interessen des Vormerkungsberechtigten nicht notwendig und würde den dinglich Berechtigten in seiner Verfügungsmacht ungerechtfertigt beeinträchtigen. Insoweit gilt dasselbe, was über den Schutz des Berechtigten aus einem dinglichen Vorkaufsrecht gesagt wurde.¹⁾

2) Dem vorgemerkten Anspruch gegenüber kann sich der Erbe gemäß § 884 BGB nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen. Das mit der Vormerkung belastete Nachlaßgrundstück ist somit in dinglicher Weise von dem vorgemerkten Recht erfaßt.

3) Beim Konkurs des Schuldners kann der Gläubiger gemäß § 24 KO Befriedigung seines Anspruches verlangen. Das vorgemerkte Recht wird im Konkurs also wie ein eingetragenes dingliches Recht behandelt.

4. Ist das Konkursverfahren durch einen Zwangsvergleich abgeschlossen worden, wird dem Vormerkungsberechtigten sogar eine stärkere Stellung als dem Gläubiger eines beschränkt dinglichen Rechtes eingeräumt. Gemäß § 193 S. 1 KO werden alle obligatori-

1) siehe oben S. 19

schen Ansprüche gegen den Gemeinschuldner herabgesetzt. Die dinglichen Rechte gegen den Gemeinschuldner werden durch den Zwangsvergleich gemäß § 193 S.2 KO jedoch nicht betroffen. Die bevorrechtigten Gläubiger können deshalb aus ihren dinglichen Rechten volle Befriedigung erlangen.

Gemäß § 193 S.2 KO wird auch der Anspruch des vorgemerkten Gläubigers erfüllt. Da die Vormerkung im Gegensatz zu den dinglichen Rechten keinen Anspruch auf Auflassung oder Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechtes gewährt, wird also in Durchbrechung des Grundsatzes des § 193 S.1 KO der obligatorische Anspruch erfüllt. Im Ergebnis steht demnach auch hier die Vormerkung den dinglichen Rechten gleich.

5. Gemäß § 48 ZVG wird im Zwangsversteigerungsverfahren das vorgemerkte wie ein eingetragenes Recht behandelt. Die Wirkung der Vormerkung entspricht also der Wirkung eines dinglichen Rechts.

Diesen den dinglichen Rechten entsprechenden Wirkungen stehen zwei Fälle gegenüber, in denen sich die Vormerkung von dinglichen Rechten unterscheidet.

1. Steht dem vorgemerkten Anspruch eine Einrede gegenüber, welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausschließt oder wird ein unbekannter Vormerkungsberechtigter im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen, so kann der Eigentümer gemäß § 886, 887 BGB die Löschung der Vormerkung verlangen. Eine der Eigentümergrundschild ähnliche Stellung kann der Eigentümer nicht erwerben.

2. Der vorgemerkte Anspruch unterliegt nicht § 902 BGB. Für die Frage der dinglichen Wirkung der Vormerkung interessiert aber nur die Verjährung des Anspruches aus der Vormerkung, also des Anspruches aus § 888 BGB. Die h.M. ist der Ansicht, daß dieser mit dem Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert ist, verjähre.¹⁾

1) RGZ 81, 288, 290; 144, 364, 368; Palandt-Hoche § 902 Anm.2a; Staudinger-Seufert § 902 Bem.2; RGRK-Pritsch § 902 Anm.5; a.A. Sekler S.148

Diese beiden Ausnahmen unterscheiden zwar die Vormerkung von den dinglichen Rechten, dennoch stellen sie keine Einschränkung der Tatsache dar, daß die Vormerkung ein Recht ist, welches den dinglichen Rechten fast vollkommen angenähert ist. Die Aufgabe der Vormerkung ist Sicherung des Anspruches. Dieser Zweck wird durch die Vormerkung mit den oben aufgeführten dinglichen Wirkungen in dem zur Wahrung der Interessen des Begünstigten erforderlichen Umfang erreicht.

Eine der Eigentümergrundschuld ähnliche Rechtsfigur ist bei der Vormerkung nicht denkbar. Weder eine Auflassungsvormerkung zu eigenen Gunsten noch eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechtes am eigenen Grundstück sind logisch-systematisch möglich. Der Eigentümer kann ebensowenig das Grundstück an sich selbst auflassen, wie er eine Forderung gegen sich selbst auf Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechtes begründen kann. Im letzteren Fall besteht jedoch die Möglichkeit, das beschränkt dingliche Recht am eigenen Grundstück, z.B. eine Eigentümergrundschuld, unmittelbar zu bestellen.

Es nützt dem Gläubiger praktisch ebenfalls nicht, wenn § 902 BGB auf die Vormerkung anwendbar wäre. Maßgeblich ist ausschließlich der persönliche Anspruch und nur bei Bestehen des Anspruchs kann der Begünstigte Erfüllung verlangen. Die Vormerkung dient zwar der Sicherung der Forderung, sie gewährt dem Begünstigten jedoch kein selbständiges Recht, die Bestellung oder Übertragung des vorgemerkten Rechtes zu verlangen.

Fraglich ist aber, ob die Vormerkung jene Voraussetzungen des dinglichen Rechtes erfüllt, an welche der gutgläubige Erwerb anknüpft.

Als erste Voraussetzung muß die inhaltliche Bestimmtheit des Rechtes genannt werden. Ein gutgläubiger Erwerb eines Sachenrechts ist nur deshalb anzuerkennen, weil es eine von Rechtssubjekt und Parteiautonomie unabhängige Sachherrschaft verkörpert. Nur eine inhaltlich festbegrenzte Sachherrschaft kann gutgläubig erworben werden. Diese Voraussetzung ist bei der Vormerkung gegeben. Der Inhalt der Vormerkung ist durch § 883 Abs. 1 BGB festgelegt. Die in § 883 Abs. 1 BGB aufgezählten vormerkungsfähigen Ansprüche auf dingliche Rechtsänderung unterliegen insoweit nicht der Parteiautonomie, da sie nur

auf Bestellung, Änderung, Übertragung oder Aufhebung der im Liegenschaftsrecht vorgegebenen dinglichen und beschränkt dinglichen Rechte gerichtet sein können.

- b) Das entscheidende Wesensmerkmal des dinglichen Rechtes, an welches sich der gutgläubige Erwerb anschließt, ist die sog. Offenkundigkeit des dinglichen Rechts.¹⁾ Die Offenkundigkeit bedeutet, daß das dingliche Recht, also die Beziehung von Rechtssubjekt und Sache, jedermann erkennbar sein soll. Man unterscheidet bei dem Offenkundigkeitsprinzip zwei Funktionen: zunächst die Übertragungsfunktion, welche erfordert, daß sachenrechtliche Vorgänge äußerlich sichtbar, d.h. offenkundig sein müssen, und die Vermutungsfunktion, welche besagt, daß der Schein der Sachbeziehung das dingliche Recht vermuten läßt.²⁾

Diese beiden Funktionen sind voneinander abhängig. Dem Schein der Berechtigung kann nur dann die Vermutungsfunktion beigelegt werden, wenn auch bei der Übertragung des Rechts die Übertragung offenkundig ist. Die Vermutungsfunktion wiederum ist erste Voraussetzung dafür, daß derjenige, der mit einem nur durch den Schein eines Rechts ausgewiesenen Nichtberechtigten ein Rechtsgeschäft abschließt, geschützt wird.

Das Offenkundigkeitsprinzip verlangt im Liegenschaftsrecht, daß grundsätzlich für dingliche Rechtsänderungen gemäß § 873 BGB Einigung und Eintragung der Rechtsänderung erfolgen. Es ist nur dann gerechtfertigt, die Vermutung des § 891 BGB an die jeweilige durch die Grundbucheintragung ausgewiesene Rechtslage zu knüpfen, wenn wie in § 873 BGB die Eintragung der Rechtsänderung zur Bedingung der Rechtswirksamkeit dieser Rechtsänderung gemacht wird. Grundsätzlich ist demnach bei dinglichen Rechten der Eintragungszwang Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb.³⁾ Es kommt also darauf an, ob und inwieweit der Gesetzgeber die Vormerkung dem Prinzip der Offenkundigkeit untergeordnet hat.

1) Vgl. Westermann § 3 2; Baur § 4 II.

2) Vgl. Baur § 4 II.

3) zu den Ausnahmen dieses Prinzips bei Brief- und Wertpapiergrundpfandrechten siehe S.50 ff.

Die Begründung der Vormerkung erfolgt gemäß § 885 BGB durch Bewilligung oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung und Eintragung ins Grundbuch. Für die Offenkundigkeit ist es von geringer Bedeutung, daß die Vormerkung nur durch ein einseitiges Rechtsgeschäft bestellt wird. Wichtig ist allein die Eintragung ins Grundbuch. Da zur wirksamen Begründung der Vormerkung die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist und somit für jeden Dritten die Begründung der Vormerkung offenbar wird, ist im Falle der Begründung der Vormerkung das Prinzip der Offenkundigkeit verwirklicht.

Es fragt sich jetzt, ob auch bei der Übertragung der Vormerkung dem Prinzip der Offenkundigkeit entsprochen wird. Wie oben ausgeführt, wird die Vormerkung als akzessorisches Recht durch die bloße Forderungsabtretung übertragen. Die Abtretung des vorgemerkten Anspruches ist aber formlos (§ 398 BGB). Mit der Abtretung, die außerhalb des Grundbuches geschieht, geht die Vormerkung über (§ 401 BGB). Dadurch wird das Grundbuch unrichtig. Die wahre Rechtslage kann nur durch Umschreibung der Vormerkung auf den Zessionar im Wege der Berichtigung hergestellt werden.¹⁾ Eine Berichtigung des Grundbuches wird in der Praxis nur selten vorgenommen.

Es ist somit festzustellen, daß die Eintragung bei Abtretung des Vormerkungsrechtes nicht Bedingung der rechtswirksamen Abtretung ist wie bei Buch-Hypotheken und Grundschulden gemäß § 1154 Abs.III BGB und deshalb bei Abtretung des Vormerkungsrechtes Grundbuchbestand und tatsächliche Rechtslage nicht übereinstimmen. Daraus aber folgt, daß die Übertragung des vorgemerkten Rechtes nicht dem Erfordernis einer grundbuchmäßigen Offenkundigkeit entspricht.

Neben der Offenkundigkeit bei Begründung des Rechtes ist aber die Offenkundigkeit bei der Übertragung gleich wichtig für die Vermutungsfunktion, an welche sich der gute Glaube anschließt. Die grundbuchmäßige Offenkundigkeit ist bei den akzessorischen Grundpfandrechten nur bei Buchhypotheken und Buchgrundschulden streng durchgeführt. Gemäß § 1154 Abs.III BGB ist nur bei diesen die Eintragung ins Grundbuch erforderlich. Ausnahmen von einer grundbuchmäßigen Offenkundigkeit bilden die Übertragungsformen von Briefhypotheken und Briefgrundschulden und außerdem die Hypotheken für Inhaber- und Orderpapiere.

1) Vgl. Staudinger-Seufert § 883 BGB Bem. 70; Ermann-Westermann § 883 Anm. 16; RGRK-Pritsch § 833 Anm. 8d; RGZ 83, 438.

Ein Vergleich zu Briefgrundpfandrecht und Wertpapierhypotheken könnte indessen für die Vormerkung von Bedeutung sein, wenn das Fehlen eines grundbuchmäßigen Eintragungszwanges zugleich ein Verzicht auf das Prinzip der Offenkundigkeit überhaupt darstellt, da die Vormerkung in der Abtretung des vorgemerkten Anspruches nach § 398 BGB formlos d.h. ohne einen äußerlich erkennbaren Übertragungsakt vorgenommen wird.

Briefhypothek und Briefgrundschuld werden gemäß § 1154 Abs.I BGB durch schriftliche Erteilung der Abtretungserklärung und Übergabe des Hypotheken- bzw. Grundschuldbriefes übertragen. Im Falle des gutgläubigen Erwerbs muß der Zedent durch eine zusammenhängende Kette öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen legitimiert sein. Einigung und Besitzübertragung entsprechen aber im Recht der beweglichen Sache der Einigung und Eintragung ins Grundbuch im Liegenschaftsrecht. Es ergibt sich hiemit, daß bei den Briefgrundpfandrechten die grundbuchmäßige Form des Offenkundigkeitsprinzips, die Eintragung ins Grundbuch, durch die mobiliarsachenrechtliche Form, die Besitzübergabe, ersetzt worden und somit dem Offenkundigkeitsprinzip bei den Briefgrundpfandrechten voll entsprochen ist. Das Erfordernis der öffentlich beglaubigten Form der Abtretungserklärungen zeigt zudem, daß das Gesetz sich mit der schwächeren Ausbildung des Publizitätsprinzips im Mobiliarrecht nicht begnügte, sondern strengere, den sonstigen Voraussetzungen des Grundbuches entsprechende Formvorschriften verlangt hat.

Bei den Wertpapierhypotheken treten grundbuchmäßige Publizitätsgedanken noch weiter in den Hintergrund. Gemäß § 1187 BGB findet bei den Wertpapierhypotheken § 1154 Abs.III BGB keine Anwendung. Die Übertragung der Hypothek erfolgt demnach außerhalb des Grundbuches durch bloße Übereignung des Wertpapiers. Der Vergleich zu der grundbuchmäßigen Behandlung der Vormerkung ist vollständig. Zur Entstehung bedarf die Wertpapierhypothek der Eintragung ins Grundbuch. Übertragung geschieht außerhalb des Grundbuches. Grundlegender Unterschied zwischen Wertpapierhypothek und Vormerkungsrecht ist allerdings, daß die Übertragung der Wertpapierhypothek durch die Übereignung des Wertpapiers, also einem offenkundigen Übertragungsakt: Einigung und Übergabe des Papiers erfolgt; bei der Vormerkung aber der Anspruch formlos abgetreten wird.

Bei den Briefgrundpfandrechten ist die Frage des gutgläubigen Erwerbes in § 1155 BGB geregelt. Nicht ausdrücklich bestimmt hat der Gesetzgeber jedoch, ob es einen gutgläubigen Erwerb der Wertpapierhypothek geben soll.

Früher wurde zum Teil angenommen ¹⁾, daß ein gutgläubiger Erwerb deshalb hier nicht möglich sei. Zur Begründung wurde darauf hingewiesen, daß mit der Befreiung der Wertpapierhypothek vom Eintragungszwang die Möglichkeit entfalle, § 892 BGB anzuwenden. Demgegenüber vertritt die h.L. ²⁾ zu Recht, daß sich der gutgläubige Erwerb auch hinsichtlich des Hypothekenerwerbes nach dem gutgläubigen Erwerb des Wertpapiers richten müsse. Dieser Ansicht ist auch zuzustimmen. Die Wertpapierhypothek sichert das Wertpapier in akzessorischer Weise. Akzessorische Rechte gehen aber gemäß § 401 BGB mit dem Recht über, welches sie sichern. Die Übertragung der Wertpapierhypothek richtet sich also folgerichtig nach dem Übertragungsakt des Wertpapiers. Dieser wird aber durch eine dem Offenkundigkeitsprinzip entsprechende Übereignung des Wertpapiers vorgenommen. Die Grundbucheintragung bei der Bestellung der Hypothek macht kenntlich, daß die Hypothek dem Eigentümer des Wertpapiers zusteht. Durch diese Bezugnahme auf das dem Offenkundigkeitsprinzip entsprechende Wertpapier wird auch bei der Übertragung die Wertpapierhypothek selbst diesem Grundsatz gerecht.

Somit ergibt sich, daß auch bei Briefpfandrecht und Wertpapierhypothek das sachenrechtliche Prinzip der Offenkundigkeit, wenn auch nicht in grundbuchmäßiger Form, gewahrt ist. Briefgrundpfandrechte und Wertpapierhypothek können demnach nicht als Ausnahme des Prinzips angesehen werden, daß eine offenkundige sachenrechtliche Übertragung Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb ist.

- c) Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb im Liegenschaftsrecht ist somit grundsätzlich der sachenrechtliche Übertragungsvorgang von Einigung und Eintragung im Grundbuch,

1) Vgl. Hachenburg S.322.

2) Vgl. Staudinger-Scherübl § 1187 Bem.3 e; Wolff-Raiser § 152 II; Westermann § 112 III 1; Wernburg in ZblfFG 20, 297, 308.

in Ausnahmefällen bei Briefgrundpfandrechten und Wertpapierhypotheken wenigstens eine sachenrechtlichen Grundsätzen entsprechende Form der Übertragung. Eine analoge Anwendung des § 892 BGB würde die Anwendung des Rechtsgedanken des § 873 BGB also Abtretung und notwendige Eintragung ins Grundbuch im Falle der Abtretung des Vormerkungsrechtes erfordern.¹⁾ Der Übertragung des Vormerkungsrechtes fehlt aber ein Übertragungsakt, der sachenrechtlichen Prinzipien gerecht wird. Die Übertragung des Vormerkungsrechtes ist formlos. Eine analoge Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung ist demnach nicht gerechtfertigt.²⁾

Da für die Ablehnung des gutgläubigen Erwerbes der Vormerkung der Mangel einer zur Rechtsübertragung notwendigen Grundbucheintragung maßgeblich ist, ist bei Abtretung des Vormerkungsrechtes der gutgläubige Erwerb unabhängig davon, ob im Einzelfall die Vormerkung umgeschrieben worden ist oder nicht, zu versagen.

1) Locher S.160.

2) So auch mit vergleichbarer Begründung:

Reinicke NJW 1964, 2373, 2378.

a.A.: Sawitz S.118; Furtner NJW 1963, 1484 und OLG Kaunas in JW 26, 2870 ohne nähere Begründung. a.A. auch Heck § 47 III 10 (S.201) und Westermann § 85 IV 1 und 3 unter Hinweis auf die Sicherungshypothek.

IV.

ZUSAMMENFASSUNG

Aufgabe der vorliegenden Arbeit war es, zu der durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21. 6. 1957 - BGHZ 25, 16 f. - wieder neu aufgegriffenen Streitfrage, wieweit die Vormerkung am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnimmt, Stellung zu nehmen und zu untersuchen, ob der Entscheidung des Bundesgerichtshofes, welche den gutgläubigen Erwerb auch bei der Abtretung des Vormerkungsrechtes bejaht, zugestimmt werden kann.

Die Arbeit kommt zu folgendem Ergebnis:

1. Es ist an der h.M. von Lehre und Rechtsprechung festzuhalten, daß die Vormerkung kein dingliches Recht i.S. des Bürgerlichen Gesetzbuches ist. Eine Aufnahme der Vormerkung in den "numerus clausus" der dinglichen Rechte ist nicht gerechtfertigt. Aus diesem Grunde scheidet eine direkte Anwendung des § 892 BGB auf die Vormerkung aus.
2. Die aufgrund einer Bewilligung eines Nichtberechtigten im Grundbuch eingetragene Vormerkung kann gemäß §§ 893, 892 BGB gutgläubig erworben werden. Der h.L. und ständigen Rechtsprechung ist darin zuzustimmen, daß die Eintragung einer bewilligten Vormerkung eine Verfügung i.S. des § 893 BGB (2. Alternative) darstellt.
3. Entgegen der Entscheidung des Bundesgerichtshofes - BGHZ 25, 16 ff. - ist ein gutgläubiger Erwerb im Falle der Abtretung des Vormerkungsrechtes nicht anzuerkennen, da die Übertragung des Vormerkungsrechtes nicht den Regeln des grundbuchmäßigen Eintragungszwanges folgt, welcher Grundlage der Richtigkeit des Grundbuchs und somit Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb ist.

Aus der Arbeit ergibt sich, daß ein gutgläubiger Erwerb im Falle der Abtretung des Vormerksrechtes entsprechend § 892 BGB erreicht werden kann, wenn de lege ferenda entsprechend § 873 BGB die Eintragung der Abtretung des Vormerksrechtes zur Voraussetzung des Rechtsübergangs erklärt werden würde. Eine derartige Regelung würde indes- sen eine Erschwerung der Abtretbarkeit vorgemerkter Rechte darstellen. Gewonnen wäre der gutgläubige Erwerb bei Abtretung des Vorkaufsrechtes, der nur geringe praktische Bedeutung hat. Da die Nachteile eines Eintragungszwanges bei Abtretung vorgemerk- ter Rechte die Vorteile nicht aufwiegen, ist der jetzigen Regelung der Vorzug vor einem Eintragungszwang zu geben.

Lebenslauf

Am 26. Oktober 1935 wurde ich in Berlin geboren als Sohn des damaligen Ministerialrats Dr. jur. Udo Krauthausen und seiner Ehefrau Alice geb. Cremer.

1940 - 1944 besuchte ich die Volksschule, 1945 - 1954 verschiedene höhere Schulen, zuletzt das staatliche Rhabanus Maurus-Gymnasium in Mainz. Hier bestand ich am 5. März 1954. die Reifeprüfung.

1954 - 1958 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Lausanne und Mainz. Hier legte ich am 29. Oktober 1958 das Referendarexamen ab. Nach Ableistung des Referendardienstes im Land Rheinland-Pfalz bestand ich am 31. Januar 1963 vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die 2. juristische Staatsprüfung. Am 21. Februar 1964 habe ich vor der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz die mündliche Prüfung zum Dr. jur. abgelegt.

